2021



جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس

UNIVERSITÉ SIDI MOHAMED BEN ABDELLAH DE FES

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES ÉCONOMIQUES ET SOCIALES

شعبة القانون الخاص

السداسية الخامسة

وحدة العقود الخاصة

الوجيز في العقود الخاصة

عقد البيع وعقد الكراء

من إنجاز الفريق البيداغوجي:

ذ. سعيد البكوري

ذة. نادية حموتي

ذة. بشرى النية

ذ. سعيد الوردي

السنة الجامعية: 2020 -2021



القسم الأول: عقد البيع

الفصل الأول: الماهية القانونية لعقد البيع: تعريفه وبيان خصائصه

المبحث الأول: تعريف عقد البيع

عرف المشرع المغربي عقد البيع في الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود بأنه "عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له." . والملاحظ أن المشرع ذكر -إلى جانب أن الملكية ترد على الأشياء، يمكن أن ترد على الحق أيضا- إلا أن ذكر المشرع للحق كان دون تحديد أو تخصيص إلى جانب الملكية، في حين من المفيد أن يوضح المشرع المقصود بالحق بدقة أكثر بأن يرد على حق مالي آخر، على اعتبار أن الحقوق لا تكون دائما مادية، بل قد تكون حقوقا معنوية.

إلا أنه بالرجوع إلى الفصل 501 من قانون الالتزامات والعقود، نجد المشرع المغربي قد تناول طريقة تسليم الحقوق المعنوية المسبوقة كحق المرور، لهذا فمحل البيع لا يقتصر على الأشياء المادية، بل يشمل أيضا كل الحقوق المالية الأخرى كحق الانتفاع أو حق الارتفاق، وحق السطحية، والحق الصناعي، وبراءة الاختراع. وعموما يعد التعريف الذي أورده المشرع المغربي، أكثر دقة من نظيره الفرنسي الذي اعتبر البيع بمثابة اتفاق يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بتسليم شيء في مقابل التزام الطرف الأخر بدفع ما التزم به من الثمن.

ومن المعلوم، أن العنصر الأساسي المميز لعقد البيع عن بعض العقود الأخرى، كعقد المقايضة يتمثل في الثمن. صحيح أننا نسجل في هذا الصدد عدم إغفال المشرع المغربي لعنصر الثمن في تعريف البيع، كما ورد في الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود" .... في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له"، بالتالي فالثمن يعتبر المقابل الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل التزام البائع بتسليمه الشيء المبيع.

فالثمن يعتبر محل التزام المشتري. وحيث أن مصطلح الثمن في اللغة معناه القيمة، سواء من النقود أو من غيرها، فإنه تستخلص الصفة النقدية للثمن في إطار التشريع المغربي ضمن فصول عدة تتعلق بعقد البيع ومنها الفصل 487 الذي يحدد ثمن البيع بالرجوع إلى قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفة معينة، أو إلى متوسط أسعار السوق ... . والفصل 511 من ق.ل.ع يلزم المشتري بأداء عدة مصاريف، من بينها مصروفات أداء الثمن وتلك التي تخص الصرف، والتوثيق، والتسجيل، ومصروفات التنبر اللازمة لرسم الشراء.

إلى جانب عنصر الثمن باعتباره عنصرا مميزا أساسيا لتمييز البيع عن بعض العقود الأخرى كعقد المقايضة، (ونقصد بذلك الصفة النقدية للثمن)، ينبغي الوقوف كذلك عند خاصية هامة في عقد البيع ألا وهي "نقل الملكية إلى المشتري" باعتبارها هي الأخرى عنصرا هاما ومميزا للبيع. ويتعلق الأمر بنقل الملكية التي يمكن أن ترد على الأشياء، كما تشمل أيضا الحقوق المالية الأخرى سواء كانت حقوقا مادية أو حقوقا معنوية ناشئة عن استعمال المجالات الأدبية أو الفنية. فالمشرع المغربي نص في الفصل 478 من ق.ل.ع بأن البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق.

ما ينبغي الإشارة إليه، بأن الملكية تنتقل مباشرة إلى المشتري بمجرد التراضي، أي تعد أثرا مباشرا للعقد، وهذا ما يستفاد من الفصل 491 من ق.ل.ع الذي نص على أنه: "يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع، بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

المبحث الثاني: خصائص عقد البيع

يتضح من خلال تعريف عقد البيع بموجب الفصل 478 ق.ل.ع أنه يتميز بخصائص عدة منها: أنه عقد رضائي، وملزم للجانبين، وناقل للملكية، وأنه عقد معاوضة.

من المفيد قبل التطرق إلى خصائص عقد البيع إبراز الفرق الواضح بين العقود غير المسماة والعقود المسماة، إذ تصنف العقود غير المسماة ضمن العقود التي لم تحظ بتنظيم تشريعي خاص، ولم يعطها المشرع اسما خاصا بها، فتخضع بالتالي للقواعد العامة؛ وإن كان لديها اسم يتداول في الواقع.

أما النوع الثاني من العقود أي العقود المسماة، فهي التي لقيت اهتماما تشريعيا وتخضع لأحكام خاصة، ورد النص عليها في فصول عدة تضمنها الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود، ونذكر على سبيل المثال لا الحصر: عقد الهبة، عقد الكراء، عقد المقاولة... .

ويعتبر البيع من أهم العقود المسماة، إذ يحتل الصدارة مقارنة مع العقود الأخرى، كما يعد أكثر اتساعا وأكثر شيوعا. لذلك نص المشرع المغربي على أحكام خاصة بعقد البيع باعتباره عقدا يدخل في فئة العقود المسماة، وخص له عدة فصول وأحكام، كما الأمر أيضا بالنسبة للتشريعات المقارنة الأخرى. فما هي يا ترى خصائص عقد البيع؟

المطلب الأول: عقد البيع عقد رضائي

يعتبر عقد البيع كأصل عام، عقدا رضائيا دون اشتراط شكلية معينة. كما تم النص على ذلك في الفصل 488 من ق.ل.ع الذي نص على أنه :"يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى". وهذا يعني أن البيع ينعقد صحيحا بمجرد تطابق القبول مع الإيجاب، وتراضي العاقدين على العناصر الأساسية لهذا العقد، والمتمثلة في الشيء المبيع وفي الثمن.

ما ينبغي توضيحه، أنه إذا كان الأصل في البيوع الرضائية دون اشتراط شكلية معينة، فإن هناك استثناءات نص المشرع عليها تستوجب الكتابة مراعاة لاعتبارات خاصة، كما في حالة البيع الوارد على المنقولات وبخاصة عقود البيع ذات الصلة بالسفن، والطائرات، والسيارات، والأصل التجاري.

وتجدر الاشارة، إلى أنه نظرا للمتغيرات الاجتماعية، والاقتصادية، والسياسية التي أصبح يعيشها المغرب الآن أدت إلى بروز أنماط جديدة للعقد وظهور عقود حديثة فرضتها اعتبارات متعددة تختلف تماما عن العقود التقليدية البسيطة السائدة في السابق. فأمام تشعب وتعقد العلاقات والمعاملات المدنية والتجارية كان لا بد من التدخل التشريعي لتأطير تلك العلاقات، وفق ضوابط خاصة من شأنها تحقيق التوازن العقدي، خاصة حينما يتعلق الأمر بعقود تتم بين أطراف غير متساوية من الناحية الاقتصادية، كما الأمر بالنسبة لعقود الاستهلاك وعقود أخرى كعقد الكراء التجاري في إطار القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي.

فأمام هذا الوضع، تعتبر شكلية الكتابة شرطا لازما لاعتبار العقد صحيحا من الناحية القانونية وبالتالي تعتبر الرضائية شرطا غير كاف. فلا يمكن بتاتا إنكار إيجابيات الكتابة بالنسبة للأطراف المتعاقدة بشكل عام، إذ تعد سبيلا أساسيا من سبل الحد من النزاعات، كذلك وسيلة هامة للإثبات خاصة أمام القضاء، بل إن الشكلية تعتبر حافزا على الثقة وتعد ضمانة للأمان والاطمئنان، على اعتبار أنها تحمي الحقوق وتدعم الالتزامات.

وعموما، فإن اشتراط الشكلية أصبح يتزايد في وقتنا الحاضر في العديد من العقود، فالتطورات الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية التي أصبح يعيشها المغرب حاليا فرضت ظهور أشكال حديثة للعقود تختلف تماما عما كان سائدا في السابق، حيث سادت الحياة التقليدية البسيطة. فلا يشترط إذن شكلية معينة للتعاقد، لكن أمام تعقد الحياة ولاعتبارات متعددة ذات أبعاد اجتماعية واقتصادية كان ربد من حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية لتحقيق العدالة التعاقدية، ونقصد أساسا حماية المستهلك.

فهناك العديد من الاعتبارات التي فرضت استبدال الطبيعة الرضائية الأصلية بشكلية دقيقة في عقد البيع، لعل أهمها مرتبط بعدم المساواة الاقتصادية بين المتعاقدين بصفة عامة، ومن ثم فهي تهدف بالأساس إلى حماية المستهلك. كما أن تحديد مضمون الخدمات المقدمة من شأنه أن يحد من النزاعات الممكن أن تثار في وقت لاحق، أو على الأقل في جميع الحالات تسهيل الإثبات بالنسبة للطرف الضعيف خصوصا، بل إن الشكلية تعتبر حافزا على الثقة على اعتبار أنها تحمي الحقوق وتدعم الالتزامات.

وبغض النظر عن هذه الاعتبارات، فإنه ينبغي التمييز بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات، فهذه الأخيرة لا تصل إلى درجة بطلان عقد البيع في حالة عدم وجودها. إنما ينتج عن ذلك مجرد صعوبة في الإثبات، بمعنى أن العقد في هذه الحالة الأخيرة يبقى عقدا صحيحا ويتعين على الطرف الذي يرغب في الاحتجاج به أن يثبت وجود العقد عندما يتجاوز مبلغه الحد المنصوص عليه في الفصل 443 من ق.ل.ع، الذي نص على أن "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الإلتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".

المطلب الثاني: عقد البيع عقد ناقل للملكية

يعتبر البيع من العقود الناقلة للملكية، فبواسطته ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم الطرف الآخر بدفعه له، كما يتضح ذلك من التعريف الوارد في الفصل 478 من ق.ل.ع الذي نص على أن "البيع عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخر بدفعه له". كما نص الفصل 491 من ق.ل.ع أنه "يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه".

وبالنظر لكون عقد البيع عقد ناقل للملكية، فإنه يختلف بذلك عن أحد أهم العقود التي تناولها قانون الالتزامات والعقود، وهو عقد الكراء على اعتبار أن المكري في هذا العقد الأخير لا ينقل للمكتري ملكية العين المكتراة بل يقتصر فقط على أن يرتب له حقا شخصيا في ذمة الطرف الأول من أجل الانتفاع فقط بالعين المؤجرة.

المطلب الثالث: عقد البيع من عقود المعاوضة

يعتبر عقد البيع من عقود المعاوضة، ولذلك فهو يتميز عن عقود التبرع كما هو الشأن بالنسبة لعقد الهبة الذي هو أيضا عقد ناقل للملكية، إلا أنه تبرع وليس معاوضة، حيث إن البائع يأخذ عوضا عن المبيع المتمثل في الثمن، في حين الواهب لا يأخذ أي مقابل مادي.

ولعل تصنيف عقد البيع ضمن دائرة عقود المعاوضة، تترتب عنه مجموعة من النتائج القانونية، نلمس أهمها في: أن التحمل بالضمان نتيجة وجود عيب خفي أو لتخلف الصفات يقتصر على العقود التي تفيد المعاوضة لتقابل الالتزامات فيها، أما إذا تعلق الأمر بعقود التبرع فالأصل فيها أنها مبنية على عدم الضمان ما لم يتعمد المتبرع إلحاق الضرر بالشيء المتبرع به بعد نشوء التصرف.

المطلب الرابع: عقد البيع عقد ملزم للجانبين

المقصود بالعقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة أطرافه، ويدخل ضمن هذا الصنف عقد البيع ما دام أنه يجعل على عاتق كل من البائع والمشتري التزامات متقابلة، حيث يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري، وبضمانه كما أكد على ذلك الفصل 498 من ق.ل.ع، وفي مقابل ذلك يلتزم المشتري بدفع الثمن وبتسلم الشيء المبيع طبقا لمقتضيات الفصل 576 من ق.ل.ع. ويترتب على تصنيف عقد البيع ضمن هذا النوع من العقود، مجموعة من النتائج القانونية، نقتصر على أهمها والمتمثلة فيما يلي:

إمكانية تمسك كل من البائع والمشتري بالدفع بعدم التنفيذ تطبيقا للفصل 235 من ق.ل.ع الذي نص على أنه "في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام".

إمكانية تمسك طرفي عقد البيع، باعتباره عقدا ملزما للجانبين بممارسة دعوى الفسخ طبقا للفصل 259 من ق.ل.ع حيث يتم اللجوء لهذه الدعوى في حالة امتناع أحد طرفي عقد البيع عن تنفيذ التزاماته، في حين يتعذر ممارستها إذا تعلق الأمر بعقد ملزم لجانب واحد.

المبحث الثالث: تمييز عقد البيع عن بعض العقود المشابهة

المطلب الأول: عقد البيع وعقد الكراء

قد يشترك عقد البيع وعقد الكراء في بعض الخصائص ونقصد أساسا في كون كلا العقدين يعتبران من العقود المسماة أي العقود التي حظيت بتنظيم تشريعي خاص، ووضع لها المشرع اسما محددا، كما تخضع لأحكام خاصة نص عليها المشرع في الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود إلى جانب العقود الأخرى بما في ذلك عقد الهبة، عقد الوديعة، عقد الوكالة إلى غير ذلك من العقود الخاصة.   كما يعد كل من عقد البيع وعقد الكراء من العقود الهامة والأكثر شيوعا، اتساعا في الحياة الاجتماعية، الاقتصادية. وتتجلى أهميتهما في كونهما يعتبران من العقود الأساسية غير ممكن الاستغناء عنها بل ضروري الاعتماد عليها لتأطير مختلف العلاقات والمعاملات، مدنية كانت أم تجارية. سواء إن تمت بين أفراد ذاتية أو معنوية. إنها عقود تحمل في عمقها معنى الاستمرارية بشكل متجدد، متطور وحديث حتى تنسجم مع مختلف المتغيرات وفق ضوابط خاصة لا يمكن مخالفتها.

رغم ذلك يختلف البيع عن الكراء في عدة أمور منها أن البيع عقد ناقل للملكية يخول للمالك الجديد عدة سلط بما في ذلك سلطة الاستعمال،الاستغلال والتصرف،بينما الكراء لا يمكن المكتري من كل تلك السلط إنما يمكنه فقط من الانتفاع بالعين المكتراة مقابل أجرة متفق عليها لمدة معينة قابلة للتجديد. أما المقابل في البيع هو الثمن مع تمكين المشتري من نقل الملكية إليه بشكل نهائي وليس لمدة محددة فقط.

ما يجب توضيحه في هذا السياق، أنه رغم تحديد الاختلاف بين البيع والكراء بشكل واضح ودقيق، إلا أنه قد تطرح حالات يصعب فيها تحديد الوصف الحقيقي للعقد. ومن المفيد ذكر بعض الحالات التي يدق فيها التمييز بين عقد البيع وعقد الكراء. ومن بين هذه الحالات العقد الوارد على الثمار (Fruits) والعقد الوارد على الحاصلات أو المنتجات (Produits).

والمقصود بالثمار كل ما ينتج عن الشيء بصفة دورية ومتجددة دون إنقاص أو مساس بجوهره. كالمزروعات مثلا. أما المنتجات فإنها في تناقص مستمر ومساس في الجوهر من أصل الشيء قد يصل إلى حد النفاذ كالبترول، الفحم، المعادن بمختلف أنواعها. ففرضية تنازل أحد المتعاقدين للآخر على غلة تتمثل في الثمار التي ينتجها الشيء مقابل ثمن نقدي فيمكن اعتباره بيعا مع الأخذ بعين الاعتبار موضوع الاتفاق لمعرفة حقيقة التصرف.أما فرضية التنازل عن الثمار في الحالة التي يكون فيها مكتسب الثمار ملتزما بأعمال الزراعة وصيانة الأرض بمقتضى عقد كراء للأرض فيمكن اعتباره عقد كراء. في حين إذا تعلق الأمر بالحاصلات، فيتجه بعض الفقه إلى اعتباره عقد بيع للحاصلات أو المنتجات وليس عقد كراء.

إن تكييف العقد الوارد على الحاصلات بيعا يتناسب والمنطق القانوني إذ كل عقد وارد على شيء معين، ينتج بصفة غير دورية ويحتمل النقصان إلى حد النفاد يجد مبرره في اعتباره بيعا دون أدنى شك وليس عقد كراء. حقيقة يصعب في بعض الحالات التمييز بين عقد البيع وعقد الكراء. هنا بالذات يتجلى الدور الايجابي للقضاء في البحث في حقيقة ما اتجهت إليه نية المتعاقدين. إذ وجب على القاضي عدم الاعتماد على الصيغة الظاهرية للعقد، فمن المحتمل أن يخطئ المتعاقدون في إعطاء الوصف الحقيقي للعقد، إما عن حسن نية أو سوء نية أي عن طريق استخدام الوسائل التدليسية والاحتيالية. ونظرا لما خوله المشرع للقاضي من آليات هامة، ستمكنه لا شك من استخلاص النية الحقيقية للأفراد.

إن تكييف العقد هام لتحقيق الهدف والمقصود به البحث في بنود وشروط العقد واستخلاص خصائص العقد، وجدير بالإشارة أنه يمكن للقاضي الاستعانة بأمور أخرى، ولتوضيح الفكرة أكثر، من المفيد أن نورد مثال على ذلك، فإذا تم الحصول على الثمار بمقابل مستحق بصفة دورية في فترات زمنية معينة وليس مقابل مبلغ إجمالي يؤدى دفعة واحدة فإن العقد كراء لا بيع، عموما للقاضي سلطة تقديرية في الموضوع تخضع لرقابة قضاء محكمة النقض.

أما بالنسبة للبيع الإيجاري فيقصد به اتفاق شخصان على أن يبيع أحدهما للآخر شيئا معينا مقابل وجيبة تدفع في مواقيت معينة. وطيلة مدة دفع الأقساط المتفق عليها، يظل المشتري مجرد مكتري للشيء، ومتى تم أداء الاقساط بالكامل أصبح مالكا له. في هذا الصدد اعتبر جانب من الفقه هذا الاتفاق عقد كراء مقترن بوعد بالبيع بحيث يظل المكري مالكا للعين خلال مدة الكراء إلى أن يعبر المكتري عن رغبته في تملكها. ليبرم في النهاية عقد بيع بين الطرفين. يبدو أنه يمكن تكييف البيع الإيجاري بيعا بالتقسيط مع الإحتفاظ بالملكية، ما مفاده حق احتفاظ البائع بملكية الشيء خلال مدة دفع الأقساط إلى غاية حلول أجل أداء دفع اخر قسط فيصبح البيع انذاك نهائيا.

ويعتبر الإيجار المفضي إلى تملك العقار من النماذج البارزة التي اهتم بها المشرع المغربي ونظمها بمقتضى قانون رقم 00. 51. فالغاية الأساسية من الاهتمام التشريعي بهذا النوع من العقود ما فرضه واقع السوق العقاري من تزايد ملموس وواضح للحاجة الإسكانية عن طريق توسيع قاعدة تملك العقار من قبل الفئات الاجتماعية. وهو عقد يختلف كثيرا عن بيع العقار في طور الإنجاز والائتمان الإيجاري كذلك.

بالرجوع إلى المادة الثانية من قانون 00 .51 أن المشرع المغربي اعتبر الإيجار المفضي إلى تملك العقار منذ البداية بيعا، إذ نصت المادة الثانية منه "كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاه تجاه المكتري المتملك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة 8 من هذا القانون، وذلك إلى حلول تاريخ حق الخيار".

فهو إذن عقد يهدف إلى بيع تام ينتج عنه التزامات متبادلة متمثلة في انتقال الملكية بعد أن يكون مسبوقا بكراء لفترة زمنية محددة وثمن البيع عبارة عن أجرة الكراء، فالمكتري يتحول من هذه الصفة إلى مشتري والعقد إلى بيع نهائي متى تم دفع جميع الأقساط المتفق عليها. فما يميز هذا النوع من العقود أنه لا يخضع للأحكام الخاصة بعقود الأكرية المدنية.

كما يعتبر الإيجار المفضي إلى تملك العقار من العقود المركبة، إذ يتم إبرامه خلال مرحلتين: المرحلة التمهيدية، ثم المرحلة النهائية، وخلال الفترة الفاصلة بين العقدين يحق للمكتري الانتفاع من العقار شرط المحافظة عليه، أي استعماله وفق الغرض الذي أعد له البناء، ثم التزامه بأداء الوجيبة المتفق عليها والتحمل بتكاليف أعمال الصيانة حسب ما هو منصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود والقانون المتعلق بالملكية المشتركة للعقارات المبنية.

وتجب الإشارة إلى أن الإيجار المفضي إلى تملك العقار يتم تحريره في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ من طرف مهني ينتمي لمهنة قانونية منظمة يخولها قانونها تحرير العقود تحت طائلة البطلان (**المادة الرابعة من قانون 51.00**). أي من طرف موثق أو عدلين أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، أو من أحد المهنيين المقبولين لتحرير هذا النوع من العقود والمحددة أسماؤهم في لائحة سنوية صادرة عن وزير العدل. كما تنص المادة 16 من قانون 51.00 بأنه:" لايتم إبرام عقد البيع النهائي إلا بعد أداء المبلغ المتبقى من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار. يبرم هذا العقد وفق نفس الكيفية التي تم بها إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار كما هو مبين في المادة 4 من هذا القانون". فما يمكن استخلاصه من هذه المادة أن إبرام عقد البيع النهائي تتم بنفس طريقة إبرام العقد الأول.

من الامتيازات التي يخولها هذا النوع من العقود، تمكين المكتري من إجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري إذا كان العقار محفظا بهدف الحفاظ المؤقت على حقوقه إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في هذا الرسم. أما إذا لم يكن محفظا فيكفي تقييده في سجل خاص ممسوك بكتابة ضبط المحكمة الابتدائية، المتواجد بدائرة نفوذها العقار.

لكن ما يجب توضيحه أنه في حالة عدم تنفيذ المكتري المتملك للالتزامات التعاقدية المتعلقة بالتسبيق عند الاقتضاء، والوجيبة وكذا التحملات المستحقة، يمكن لرئيس المحكمة الابتدائية بوصفه قاضي المستعجلات إصدار أمر بفسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار وإفراغ المكتري المتملك بوصفه محتلا للعقار بدون سند أو قانون وكذا شطب التقييد الاحتياطي المشار إليه في المادة 5 من هذا القانون. يضل المكتري المتملك ملزما بأداء المبالغ المستحقة مع تعويض قدره 10 في المائة من هذه المبالغ (**المادة 23 من قانون 51.00**).

المطلب الثاني: عقد البيع وعقد المقاولة

عرف المشرع المغربي عقد المقاولة في الفقرة الثانية من الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود بأنه : "عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بتنفيذ عمل معين في مقابل أجر يلتزم الطرف الأخر بدفعه له". فالفرق واضح إذن بين المقاولة باعتبارها ترد على نتائج عمل معين لحساب شخص آخر، وعقد البيع الذي يتمثل في نقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، ورغم هذا الاختلاف بين العقدين، إلا أنه قد يحدث أن يوجد تقارب بينهما، في حالة ما إذا تعهد المقاول أو الصانع كالحداد مثلا بتقديم المواد إلى جانب صناعتها ،ونقل ملكيتها في نفس الوقت إلى الطرف الاخر، فهل يعتبر العقد بيعا أم عقد إجارة؟

في هذا الصدد ظهرت اتجاهات فقهية وقضائية عدة تروم وضع تكييف قانوني ملائم للطبيعة القانونية لهذا النوع من المعاملات. فهناك اتجاه فقهي فرنسي اعتبر أنه في الحالات التي يقدم فيها المقاول مواد العمل من عنده، فأحكام البيع هي الواجبة التطبيق. إلا أنه لأجل تحقيق مرونة أكثر في تكييف العقد تبنى القضاء الفرنسي المعيار الاقتصادي المعتمد على الموازنة بين قيمة العمل وقيمة المواد المقدمة لإنجاز المشروع. فالعقد بيع إذا فاقت قيمة المواد المقدمة من طرف المقاول قيمة العمل المخصص لإنجاز المشروع. في حين لا يرى جانب من الفقه المعاصر مانعا من إمكانية تطبيق المعيار المزدوج الذي تطبق فيه أحكام كل من البيع والمقاولة على السواء مع الأخذ بعين الاعتبار إرادة الأطراف المتعاقدة واتفاقاتهما لكن دون تعارض تام بطبيعة الحال للقواعد القانونية، النظام العام والآداب العامة. ونعتقد أنه في حالة تقديم الصانع كالحداد أو النجار المواد الأولية من عنده إلى جانب العمل المقدم من طرفه فيمكن اعتباره بيعا وليس مقاولة. وعموما، يظل للقضاء سلطة واسعة في إعطاء الوصف الحقيقي للعقد.

المطلب الثالث: عقد البيع وعقد المقايضة

من المعلوم أن أوجه التقاء كل من عقد البيع وعقد المقايضة تظل بارزة، متعددة لعل أهمها نقل الملكية. لذا اتجه فقهاء الشريعة الإسلامية وبعض التشريعات المقتبسة إلى اعتبارهما عقدا واحدا من منطلق وحدة خصائصهما ليظل الاختلاف الوحيد والواضح بينهما يكمن في وجوب أن يكون الثمن نقديا في عقد البيع في حين جوازه في المقايضة أن يكون شيئا أو حقا آخر من نفس النوع الذي ينقله البائع للمشتري أو من نوع آخر.

إلا أنه يصعب في بعض الحالات العملية تحديد الوصف الحقيقي للعقد خاصة حين يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء معين إلى المتعاقد الآخر مقابل التزام هذا الأخير بمنحه إضافة إلى مبلغ النقود شيئا معينا.

نعتقد أن الرأي الراجح من يتجه إلى الأخذ بعين الاعتبار العنصر الغالب في العوض. فيعتبره بيعا إذا كان مبلغ النقود هو الأغلب أما في الحالة المعاكسة فيعتبر مقايضة ليظل للقضاء سلطة تقديرية واسعة باعتبارها مسألة واقعية.

الفصل الثاني: ركن التراضي في عقد البيع

سبق التوضيح أن البيع عقد رضائي، إذ يكفي فيه تراضي الطرفين على المبيع، والثمن النقدي، وعلى شروط العقد الأخرى، كما هو واضح في الفصل 488 من ق.ل.ع. إلا أن لهذا الأصل استثناء، يتمثل في إمكانية اتفاق أطراف العقد أو بتدخل من المشرع على وجوب إفراغه في شكل معين، كاشتراط الكتابة أو تقريره في محرر رسمي، وفي هذه الحالة يعتبر الشكل ركنا في تكوين العقد.

إن عقد البيع كغيره من العقود الأخرى -وخاصة الرضائية- لا يمكن أن تكون تطبيقا للفصل الثاني من قانون الالتزامات المغربي إلا إذا توفرت أركان ثلاثة وهي: وجود رضا، محل وسبب. وبحكم أن السبب لا يتميز بخصوصية تميزه في عقد البيع، باعتباره من العقود الملزمة للجانبيين والتي يكون سبب الالتزام فيها هو الالتزام المقابل، سيتم الإقتصار فقط على ركنين في عقد البيع وهما: التراضي والمحل.

المبحث الأول: ماهية التراضي في عقد البيع

لتحقق الرضى في عقد البيع يجب مطابقة القبول للايجاب في ماهية العقد، والثمن النقدي، والعين المبيعة، على أن يكون المتعاقد أهلا لذلك سواء أصالة أو نيابة عن نفس غيره، بإرادة سليمة من كل عيب قد يشوبها إما بسبب غلط أو تدليس أو إكراه أو غبن. وللإلمام بركن التراضي في عقد البيع يكون من المفيد التطرق إلى ما يلي:

- مضمون التراضي في عقد البيع (المطلب الأول)
- الاتفاقات التمهيدية السابقة على إبرام عقد البيع النهائي (المطلب الثاني)

وتجدر الاشارة، إلى أن المرحلة التمهيدية للتعاقد جد هامة لكلا الطرفين المتعاقدين، للتأكد من تحقق رضا سليم ومتبصر، سواء في الوعد بالتعاقد أو العقد الابتدائي أو غير ذلك.

المطلب الأول: مضمون التراضي في عقد البيع

ينص الفصل 488 من قانون الالتزامات والعقود على أنه "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والأخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى." وهكذا فإن البيع ينشأ من حيث المبدأ بمجرد توافق إرادتي كل من البائع بالبيع والمشتري بالشراء، بحيث تتجه نيتهما إلى إبرام عقد البيع ذاته دون غيره، ولو لم يحددا ذلك صراحة. فإذا قصد كل من المتعاقدين عقدا غير الذي يقصده الآخر، فإن العقد لا يقوم أصلا لتعارض الإرادتين وعدم توافقهما على طبيعة العقد المراد إبرامه.

بالإضافة إلى ذلك، ينبغي تطابق الإرادتين وتوافقهما حول العناصر الأساسية للعقد والتي نص عليها المشرع المغربي بموجب الفصل 488 من ق.ل.ع وهي: المبيع، الثمن، وشروط العقد الأخرى. وإذا كان من حق المتعاقدين الاكتفاء بالاتفاق على التزام أحدهما بنقل ملكية المبيع إلى الآخر مقابل التزام هذا الأخير بدفع المقابل النقدي، فينشأ العقد بذلك سليما، صحيحا، دون وجوب إثارة الشروط الأخرى؛ فإن إقدام المتعاقدين مع ذلك على إثارة أي من هذه الشروط مهما كانت ثانوية، يقتضي حتما توافق الإرادتين بشأنهما وإلا فإن العقد لا ينعقد نهائيا. ومن المعلوم، أن الإرادة تعتبر من الأمور النفسية المتمثلة في انعقاد العزم على إبرام تصرف معين بعد تفكير وتدبر، لذا لا يعتد بها بداهة إلا إذا اتخذت صيغة دالة على المقصود منها بوضوح.

فالأصل أن يتم التعبير عن الإرادة بالقول سواء في محضر المتعاقدين أو في غيابهما، كما لو تم التبايع بواسطة الهاتف أو غير ذلك، على أن أهمية هذه الصيغة تظل محدودة من الناحية العملية. فالتعبير عن الإرادة قد يتم عن طريق الإشارات المتداولة عرفا، كالحركات المعهودة في بيوع المزاد العلني، أو الإشارات المفهومة للأخرس، كما قد يتم عن طريق اتخاذ أي موقف واضح الدلالة على الرضا بالعقد، سواء بشكل صريح كعرض السلع من أجل البيع، أم بشكل ضمني كالبدء في تنفيذ بنود العقد أو عدم اعتراض المالك على إقدام الغير على بيع أمواله رغم حضوره أو علمه بذلك أو غيرها. من المفيد هنا بالذات، توضيح الاختلاف بين العقود الشفوية وغيرها من العقود التي تتطلب شكلية معينة.

فالعقود الشفوية لا يشترط فيها شكلية معينة، لذا تكتنفها مخاطر متعددة عند اختلاف الأطراف حول عناصرها، شروطها وسبل تنفيذها. إذ يصعب معها معرفة حقيقة إرادتهم والتعرف على مضمون اتفاقاتهم، مما يفتح المجال واسعا أمام كثرة النزاعات وتعقد مهام القضاء، ثم إن هذه العقود الشفوية قد يترتب عنها ضياع الحقوق بأكملها في حال إنكارها من قبل أحد الأطراف. وما يجب توضيحه أن التراضي لا يتحقق فقط بالوسائل التقليدية، إنما أيضا بالوسائل الحديثة. فنظرا للتطور التكنولوجي الهام والتقدم الرقمي البارز انعكس بشكل جلي على جميع المجالات، ولعل التقنيات الحديثة للتعاقد بواسطة دعامة إلكترونية لتجسيد واضح للثورة الرقمية. فلا يمكن إنكار أهمية تلك التقنيات باعتبارها تمثل أداة أساسية في تيسير وتسهيل المعاملات مدنية كانت أم تجارية، بين أفراد ذاتية أم معنوية، غائبة عن مجلس العقد مكانيا مع إمكانية حضورها زمانيا -وتبرم عدة أشكال من البيوعات عن بعد- لذلك، ولأجل الرفع من قيمة هذا الشكل من التعاقد بالمغرب تدخل المشرع بموجب قانون 05 .53. المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

وحرصا من المشرع المغربي على ضرورة مراعاة الضوابط القانونية الخاصة بالتعاقد، فقد تم التأكيد على مراعاة الأحكام الخاصة بعنصر التراضي والمنصوص عليها ضمن القواعد العامة، وفي حالة مخالفتها يمكن الطعن في صحة العقد المبرم إلكترونيا، إما بالمطالبة ببطلانه أو إبطاله، إعمالا لمقتضى الفصل 1 -65 من ق.ل.ع. أيضا حاول المشرع حماية المتعاقد إلكترونيا سواء في عقد البيع، أو غيره بإلزام كل من يقترح بصفة مهنية وبطريقة إلكترونية توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو عناصرها، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة، بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها خلال المدة المحددة في العرض (الفصل **4-65 من ق.ل.ع).**

المطلب الثاني: الاتفاقات التمهيدية السابقة على إبرام عقد البيع النهائي

لا يخفى على أحد أن طبيعة بعض العقود تفرض السرعة في إبرامها، في حين تتطلب عقود أخرى خلاف ذلك، لما لها من أهمية واقعية وما يترتب عن إبرامها من آثار ملموسة على الأطراف المتعاقدة؛ ونقصد أساسا عقود البيع.

إن وعي المشرع المغربي بخطورة ما قد يترتب عنه من تسريع إجراءات البيع والخسائر المادية والمعنوية الناتجة عن ذلك، ظلت الباعث الأساسي في تخويل الأطراف إمكانية إبرام اتفاقات تمهيدية سابقة على إبرام عقد البيع النهائي. ولاشك أن إيجابيات هذه الإمكانية متعددة لكل من المشتري والبائع، لعل أهمها تمكين المشتري من مهلة للتفكير والتروي رغبة في معرفة حقيقية للشيء المبيع، كما لو كان عقارا يود المتعاقد معرفة هل هو مثقل بحقوق أخرى، أو لتدبر ثمن البيع. وإذا كان منقولا هل يعد صالحا له، ومدى خطورته. كما تمكن البائع من القيام بإجراءات قانونية أو إتمامها.

إن منح مهلة فاصلة بين نشوء الالتزامات وإبرام العقد النهائي هام جدا، فهي مهلة للتفكير والتروي في النتائج والآثار المترتبة عن العقد النهائي، حتى لا تكون هناك مجازفات أو تسرع في التعاقد. وتشمل هذه المرحلة:

- الوعد قي عقد البيع (**الفقرة 1**)؛
- العقد الابتدائي (**الفقرة 2**)؛
- العربون (**الفقرة 3**)؛
- البيع المعلق على شرط (**الفقرة 4**).

الفقرة 1: الوعد في عقد البيع

بالرغم من أهمية هذا النوع من التعاقد إلا أن المشرع المغربي لم يكن صريحا في تنظيمه إنما نلمس مجرد نصوص متناثرة ومتفرقة يشوبها الغموض واللبس. ويعرف الوعد في عقد البيع بأنه ذلك الاتفاق التمهيدي الذي يلزم أحد أطرافه بالبيع أو الشراء لشيء، مع احتفاظ الطرف الآخر بحق إبرام العقد من عدمه. ويمكن القول، بأن الوعد في عقد البيع يتضمن إيجابا وقبولا حول المبيع ممن يعتد بأهليته، ثم الثمن النقدي طبقا لمقتضيات عقد البيع. ليرتب هذا الوعد التزامات في ذمة الواعد والموعود له. لكن هذه الالتزامات موقوفة ولا تنفذ، إلا عند حلول الميعاد وإبرام عقد البيع النهائي. وهي التزامات ترتب مسؤولية المتعاقد بشكل مؤقت، فمتى أخل بها وألحق ضررا بأحدهما اقتضى الأمر تعويض المتعاقد الآخر المتضرر إعمالا للفصلين 788 و834 من ق.ل.ع.

وقد يتخذ الوعد بالبيع أو بالشراء صورة العقد الملزم للجانبين، والوعد الذي يعتد به هو الوعد الذي يتضمن العناصر الجوهرية والأساسية في عقد البيع، لأن مجرد الوعد لا ينشئ التزامات طبقا للفصل 14 من قانون الالتزامات والعقود الذي ينص أن: "مجرد الوعد لا ينشئ التزاما". لذلك ما يجب توضيحه هو أن الوعد بالبيع أو بالشراء ينبغي أن يراعى في تكوينه مجموعة من الشروط لانعقاده وصحته، كما هو الأمر بالنسبة لعقد البيع النهائي، وينبغي أن يتضمن كذلك كل ما يتطلب عقد البيع النهائي من تراضي ومن محل.

فالوعد بالبيع أو الشراء لا يعتبر غاية في حد ذاته، إنما يظل مجرد وسيلة للوصول إلى إبرام العقد النهائي، بحيث يمكن اعتباره تصرفا قانونيا يتم الاعتماد عليه من طرف المتعاقدين، وهو بالفعل يعتبر عقدا ملزما للجانبين. إذن فهذا النوع من التعاقد يثير تساؤلات هامة من بينها:

أولا- ما هي الحالات التي تستدعي لجوء المتعاقدين إلى هذا النوع من التعاقد؟

ثانيا- ما هي النتائج المترتبة قي حالة تراجع أحد الأطراف عن التزامه؟

بالنسبة للتساؤل الأول، هناك بعض الحالات التي تستدعي اللجوء إلى هذا النوع من التعاقد خاصة بعض الأنواع الهامة من عقود البيع، فتمكن المشتري مثلا من الحصول على قرض من البنك، أو التأكد من سلامة العقار من الناحية القانونية والتأكد من أنه غير مثقل برهن، أو حق انتفاع، أو حق ارتفاق... . كذلك هي مهلة تعطى للبائع لأجل إتمام الإجراءات القانونية، كالحصول على شهادة التقسيم مثلا.

حقيقة، إن تمكين المتعاقدين من هذه الإمكانية له إيجابيات عدة، لعل أهمها تمكينهم من الانتقال من المرحلة التمهيدية إلى المرحلة النهائية، بشكل يضمن لهما الاستقرار، والطمأنينة، وضمان الحقوق أيضا. في هذا الصدد، يكون من المفيد الوقوف عند الدور الهام والإيجابي الذي يقوم به الموثق باعتباره يتوفر على مؤهلات علمية وكفاءة مهنية يستفيد منها المتعاقدون، إلى جانب استفادتهم أيضا من النصح الذي يقدمه كتنبيههم بأهمية هذا الوعد وبكونه عقدا ملزما للجانبين.أما بالنسبة للتساؤل الثاني، فهذا النوع من التعاقد يعتبر عقدا ملزما للجانبين، بحيث يرتب التزامات متبادلة بين الأطراف المتعاقدة، إلا أن هذه الالتزامات موقوفة إلى حين إبرام عقد البيع النهائي.

ونسجل في هذا الصدد، أنه في حالة تراجع أحد الأطراف عن التزامه يترتب عن ذلك نتائج يتحملها الطرف الآخر. فتراجع البائع -مثلا- عن تنفيذ التزامه المتمثل في إتمام الإجراءات القانونية لتحرير عقد البيع النهائي، يعطي للمشتري إمكانية اللجوء إلى القضاء لرفع دعوى ضمانا لحقوقه. وبناء على المقال يمكنه تقييد هذا العقد تقييدا احتياطيا إلى غاية استصدار حكم نهائي، كما يجب إيداع الثمن في صندوق المحكمة؛ والحكم القضائي يعتبر بمثابة عقد بيع نهائي. إلا ما يجب الإشارة إليه، أن الوعد بالبيع أو الشراء يقبل فقط التقييد الاحتياطي، ولا يمكن تقييده نهائيا في الرسم العقاري لأنه يعتبر حقا شخصيا.

الفقرة 2: العقد الابتدائي

يتخذ العقد الابتدائي مرحلة وسطى بين المرحلة التمهيدية ومرحلة إبرام العقد النهائي، كأن يعد البائع المشتري بأنه سيبيعه شيئا أو حقا خلال مدة معينة. وكذلك يعد المشتري البائع بأنه سيشتري منه ذلك الشيء أو الحق خلال مدة معينة، بالتالي فالعقد الابتدائي يتضمن التزامات متبادلة.

يعتبر العقد الابتدائي من الاتفاقات التمهيدية الهامة في إبرام العقود خاصة بالنسبة لعقد البيع ولعل أهم تطبيقاته، بيع العقار في طور الإنجاز وهو يصنف ضمن العقود الهامة الأكثر شيوعا واتساعا في مجال السوق العقاري التي تتطلب الشكلية لإبرامها. كما ينعقد عبر مرحلتين: مرحلة إبرام العقد الابتدائي، ثم مرحلة إبرام العقد النهائي. ومن تطبيقاته أيضا الإيجار المفضي إلى تملك العقار المنظم بمقتضى قانون 51.00. وعموما، يشترط لإبرام العقد الابتدائي توافر عنصر التراضي وكذلك عنصر المحل، ثم لابد من شروط الصحة والانعقاد.

يرتب العقد الابتدائي التزامات متبادلة بين الأطراف المتعاقدة، فالبائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع، والإعلام، والنصح، والتحذير، والضمان، بما في ذلك ضمان التعرض، وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية، في المقابل يلتزم المشتري بأداء الثمن، تسلم الشيء المبيع؛ إلا أن هذه الالتزامات موقوفة إلى حين إبرام العقد النهائي.

وجدير بالذكر، أنه في حالة تراجع أحد الأطراف عن التزامه، مثلا تراجع البائع يحق للمشتري اللجوء إلى القضاء واستصدار حكم نهائي، بحيث يعتبر بمثابة إبرام عقد بيع نهائي. وبمجرد إبرام عقد البيع النهائي، لا يعتد بالعقد الابتدائي، إنما يعتد بالعقد النهائي.

الفقرة 3: البيع بالعربون

لقد نظم ق.ل.ع أحكام العربون ضمن باب يتعلق ببعض وسائل ضمان تنفيذ الالتزامات فعرفه الفصل 288 من قانون الالتزامات والعقود بأنه "ما يعطيه أحد المتعاقدين للآخر قصد ضمان تنفيذ تعهده". من خلال هذا الفصل نلمس أن للعربون أهمية واضحة، كما يعد باعثا للاطمئنان ودلالة صريحة على الرغبة في إتمام تنفيذ الالتزام.

وهذا العربون له حسب ذ السنهوري دلالتين متعارضتين، فالقوانين اللاتينية بوجه عام تأخذ بدلالة العدول أو الرجوع، أما القوانين الجرمانية فتأخذ بدلالة البث، وكلتا الدلالتين قابلة لإثبات العكس، فإذا تبين من اتفاق المتعاقدين أو من الظروف أن المقصود بالعربون غير ما يؤخذ من دلالته المفروضة وجب الوقوف عند ما أراده المتعاقدان. وبعبارة أخرى فالعربون إما أن يكون بدلالة التسبيق حيث يتم خصم مبلغه من ثمن البيع المتفق عليه عند تسديده، وإما أن يكون بدلالة مقابل الرجوع حيث يحتفظ به البائع كمقابل عن تراجع المشتري عن إتمام إبرام عقد البيع.

والعربون ليس قاصرا على البيع بل يكون أيضا في العقود الناقلة لمنفعة الأعيان كالكراء مثلا، وهو يتم اللجوء إليه عادة في العقود الابتدائية ويكون كضمانة لتأكيد تنفيذ العقد النهائي. وحسب الفصل 289 فإنه إذا نفذ العقد، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه. مثلا إذا كان من أعطى العربون هو المشتري أو المكتري خصم من ثمن البيع أو من وجيبة الكراء إذا نفذ العقد، وإذا لم ينفذ العقد وألغي بتراضي الطرفين وجب أيضا رد العربون لمن دفعه. وإذا كان الالتزام غير ممكن التنفيذ، أو إذا فسخ، بسبب خطأ الطرف الذي أعطى العربون، كان لمن قبضه أن يحتفظ به، ولا يلزم برده، إلا بعد أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة، إن اقتضى الأمر ذلك. (الفصل 290).

ويتضح من خلال هذه الأحكام أن ق.ل.ع يأخذ بدلالة التسبيق الموجبة للطرح من الثمن، أي أنه يعتبر العربون بمثابة دفعة أولية من الثمن الاجمالي المتفق عليه، الأمر الذي يعني أنه لا يحق لأي من الطرفين أن يتراجع بصورة انفرادية عن إتمام العقد، لأن العربون ليس وسيلة للتراجع بل أداة لتأكيد تنفيذ العقد الذي يكون قد انعقد بين الطرفين وكل تراجع أو عدول انفرادي يعد اخلالا بالتزام ضمن الأخطاء العقدية التي تستوجب التعويض عن الضرر، هذا الأخير تحدده المحكمة في إطار سلطتها التقديرية وليس من الضروري أن يكون مساويا لمبلغ العربون. ويحق لمن أخذ العربون أن يحتفظ به إلى حين أخذه التعويض الذي تمنحه له المحكمة.

ويتضح مما سبق أن المشرع المغربي قد ترك مسألة تحديد التعويض الناشئ عن الإخلال بالالتزام المسبوق بالعربون لسلطة القاضي التقديرية، وهي بطبيعة الحال تتباين من قاض لآخر، وقد يختلف تبعا لذلك المبلغ المحكوم به رغم تشابه القضايا. لذلك يرى ذ العرعاري أن هذا التوجه يعد عيبا يجافي الواقع والعرف الذي يشهد على أن العربون هو مقابل للإخلال بتنفيذ الالتزام، لأن أقصى ما كان يتحمله المخل بالالتزام المسبوق بدفع العربون هو فقده لما دفعه جزاء له على هذا التقاعس الصادر منه. فإذا كانت الغاية من دفع العربون هي ضمان الأولوية وسد الطريق أمام كل راغب في التعاقد على نفس المعقود عليه، فإن خسارة هذا العربون تعد خير جزاء للمتخلف عن إتمام العقد.

مما سبق، نخلص إلى أن الاتفاقات التمهيدية السابقة على إبرام عقد البيع النهائي - بما في ذلك الوعد في عقد البيع إلى جانب العقد الابتدائي والعربون- تعد ضرورية وتأثيرها واضح على ضمان استقرار المعاملات المدنية والتجارية.

الفقرة 4 البيع المعلق على شرط

البيع المعلق على شرط يدخل ضمن الاتفاقات التمهيدية لعقد البيع، ويعتبر من أهم المعاملات في الميدان التجاري. ويقصد به كل بيع يعلق وجوده على وجود شيء ممكن حصوله، وليس له علاقة بعقد البيع. ويعلق وجود عقد البيع بإحدى أدوات التعليق نحو إن وإذا ومتى ونحوها. كأن يتفق شخص مع آخر على أن يبيع له سيارته بثمن معين إذا ما حصل على تأشيرة السفر إلى أوروبا. والبيع المعلق على شرط، قد يكون بيعا معلقا على شرط واقف (1) كما قد يكون بيعا معلقا على شرط فاسخ(2).

1- البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين

من بين أنواع البيوع الموصوفة في ق ل ع، المعلقة على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين في عقد البيع، نجد ما يسمى ببيع الخيار (أ)، ثم البيع بشرط التجربة ولو بالمذاق كبيع معلق على شرط واقف لمصلحة المشتري فقط (ب). وأحكام هذه البيوع منها ما هو منظم بأحكام خاصة في ق.ل.ع ومنها ما يخضع للأحكام العامة.

أ- بيع الخيار

لقد نظم ق.ل.ع الأحكام الخاصة ببيع الخيار في الفصول من 601 إلى 612، حيث يجد هذا البيع أساسه في الفصل 601 الذي ينص على أنه " يسوغ أن يشترط في عقد البيع ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقضه خلال مدة محددة. ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحا، ويجوز الاتفاق عليه إما عند العقد وإما بعده في فصل إضافي ". وانطلاقا من هذا الفصل يمكن تعريف بيع الخيار بأنه ذلك البيع الذي يترك فيه الاختيار للمشتري أو للبائع في إمضائه أو عدم إمضائه أثناء أجل معلوم، بشرط أن يقع التنصيص على ذلك بالعقد نفسه أو بملحق له. وتبعا لذلك يكون بيع الخيار المنظم في ق.ل.ع بأحكام خاصة هو ما يمكن تسميته ببيع خيار الإمضاء، وهو الخيار الذي يجعل البيع معلقا على شرط واقف لمصلحة أحد المتعاقدين المشتري أو البائع.

ويتضح مما سبق أن الخيار قد يشترط لمصلحة المشتري فقط، أو لمصلحة البائع فقط. والخيار المشروط في البيع لمصلحة المشتري هو **خيار التروي** في الثمن أو اختبار المبيع أو المشورة في الثمن أو المبيع وما إلى ذلك من الاعتبارات الخاصة بالمشتري، وهو عبارة عن شرط إرادي محض لهذا المشتري في الغالب. ومن أمثلته أن يبيع الكتبي كتابا معينا للطالب ويمنحه أجل يومين لإرجاعه إن هو لم يرقه، فيبقى للطالب الحق خلال هذا الأجل في إرجاع الكتاب وفسخ عقد البيع أو عدم إرجاعه وبالتالي التخلي عن استعمال الخيار وإمضاء البيع، وهذه الحالة هي صورة من صور الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد هو البائع.

ولا يختلف الخيار الممنوح للبائع عن الصورة السالفة الذكر، حيث يصبح البيع بمثابة وعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو المشتري، بينما يبقى البائع محتفظا بحق التروي والعدول تبعا لذلك عن البيع خلال الأجل المتفق عليه. ومن الأمثلة السائدة لهذا النوع من الخيار هو أن يشتري شخص سلعة معينة من البائع بثمن معين، ويتفق المتعاقدين على أن يكون للبائع الحق في أن يفسخ العقد إن هو وجد من يشتري منه نفس السلع بثمن أعلى أو بشروط أفضل وذلك خلال مدة محددة. فإن وجد ذلك استعمل حقه في الخيار فقام بفسخ العقد والتراجع عنه، وإن لم يجد يتأكد البيع بينه وبين المشتري بانقضاء الأجل المحدد لاستعمال الخيار. غير أنه إذا اختار المتعاقد إمضاء العقد في الميعاد المحدد بمقتضى الاتفاق أو القانون أصبح البيع باتا، واعتبر الشيء مملوكا للمشتري من يوم إبرام العقد.

فالخيار المشترط صراحة قصد التروي في الثمن أو اختبار المبيع، يجب أن يستعمل حسب الفصل 603 خلال مدة معينة، وهذه المدة إما أن يتفق عليها في العقد أو تقضي بها العادة المتبعة، وفي جميع الأحوال فهذه المدة لا يمكن أن تتجاوز المدة المحددة في الفصل 604 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار أن يصرح بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نقضه في المواعيد الآتية:

أ - بالنسبة إلى العقارات البلدية والأراضي الزراعية، خلال مدة ستين يوما تبدأ من تاريخ العقد (ظهير25 أبريل 1917) ؛

ب - بالنسبة إلى الحيوانات الداجنة وكل الأشياء المنقولة، خلال مدة خمسة أيام.

ومع ذلك يسوغ للمتعاقدين أن يتفقوا على أجل أقصر. وكل اشتراط لأجل أطول يكون باطلا، ويلزم إنقاصه إلى الآجال المبينة فيما سبق.

وحسب الفصل 605 فإن الأجل المحدد بمقتضى اتفاق المتعاقدين أو القانون قاطع فلا يسوغ للمحكمة تمديده ولو كان المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بالخيار لم يستعمل حقه لسبب خارج عن إرادته. وهو ما يدل على أن هذا الأجل هو أجل سقوط وليس أجل تقادم ولذلك فهو لا يقبل الانقطاع ولا التوقف. ويبقى الحق في ثمار المبيع وملحقاته والزيادات الطارئة عليه موقوفا خلال الأجل المقرر للخيار، وتؤول هذه الأشياء مع المبيع نفسه لمن يكسب ملكيته نهائيا. (الفصل 606).

واستعمال الخيار من قبل صاحبه قد يكون صريحا بالقول، أو ضمنيا بالفعل، فإذا ترك المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار الأجل ينقضي من غير أن يعلم الآخر بقراره افترض فيه بقوة القانون أنه قد قبل. (الفصل 608). كما يفقد المشتري الحق في رفض مشتراه، إذا صدر منه أي فعل يدل على رغبته في اعتبار نفسه مالكا إياه وعلى الخصوص:

أ - إذا تصرف في الشيء بمقتضى رهن حيازي أو رهن بدون حيازة أو بيع أو كراء أو استعمله لنفسه ؛

ب - إذا عيب الشيء باختياره؛

ج - إذا حول الشيء إلى شيء آخر.

وعلى العكس من ذلك إذا صدرت الأفعال المذكورة في الأحوال السابقة من طرف البائع افترض أنه اختار نقض البيع، ويفقد بذلك طلب تنفيذه. (الفصل 609). أما إذا مات من له الخيار قبل أن يختار، انتقل الخيار إلى ورثته، وإذا فقد أهلية التعاقد عينت له المحكمة مقدما خاصا، ويجب على هذا المقدم أن يعمل على النحو الذي يكون أكثر اتفاقا مع مصالح ناقص الأهلية. (الفصل 610). وإذا اختار المتعاقد نقض البيع اعتبر العقد كأن لم يكن، ووجب على كل من المتعاقدين أن يرد للآخر ما سبق أن أخذه منه. وتزول الحقوق التي رتبها المشتري خلال أجل الخيار. (الفصل 611)

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلى أنه حسب الفصل 612 ق.ل.ع فإن المشتري الذي يتعذر عليه رد المبيع أو لا يستطيع رده إلا متعيبا، نتيجة سبب لا يعزى إلى فعله أو خطئه، لا يتحمل أي مسؤولية.

بـ- البيع بشرط التجربة أو المذاق

بالرجوع إلى ق.ل.ع نجده لا يتعرض لتنظيم أحكام البيع بشرط التجربة أو المذاق، كل ما فعله هو أنه عالجه من زاوية تحمل التبعة وذلك بموجب أحكام الفصل 494 ق.ل.ع الذي ينص على أنه " إذا وقع البيع بالقياس أو الكيل أو العد أو على شرط التجربة أو على شرط المذاق أو على أساس مجرد الوصف، فإن البائع يبقى متحملا بتبعة هلاك المبيع، مادام لم يجر قياسه أو كيله أوعده أو تجربته أو مذاقه أو فحصه ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا بالفعل في يد المشتري".

والبيع بشرط التجربة أو المذاق يمكن تعريفه بكونه ذلك البيع الذي يحتفظ فيه المشتري صراحة أو ضمنا، (أي تقضي فيه العادة) باختبار المبيع للتأكد من مدى ملاءمته لرغبته الشخصية أو لحاجياته أو للغرض الذي أعد له الشيء المبيع في ذاته.

فهو إذن بيع مع شرط واقف لمصلحة المشتري فقط، الذي يمكنه أن يتذوق المبيع للتأكد من ملاءمته لرغبته الشخصية، أو لحاجياته، أو تجربته للتأكد من مدى صلاحيته للغاية المعد من أجلها. ولا يُتصوَر تبعا لذلك أن يقع هذا البيع سوى على الأشياء المفرزة المعينة بذاتها، ومن الأمثلة على ذلك أن يشتري شخص سيارة مستعملة فيشترط تجربتها للتأكد من صلاحيتها قبل إمضاء البيع، أو أن يشتري شخص مواد غذائية مما يمكن تذوقه كالعسل أو بعض أنواع الفواكه فيبقى البيع هنا معلقا على شرط واقف لمصلحة المشتري وهو أن تكون مواصفات المبيع مطابقة للرغبة الشخصية للمشتري، وحكم هذه الرغبة هو المشتري في حد ذاته. فكلما وجد المشتري في المبيع كل المواصفات التي يرغب فيها أمضى البيع فأصبح نهائيا، وإلا فإنه يعرب عن رغبته في عدم إتمام البيع فيفسخ العقد.

وتبعا لما سبق فإن البيع بشرط التجربة أو المذاق لا تخرج أهدافه عن ثلاث:

- التأكد من مدى ملاءمة المبيع للرغبة الشخصية للمشتري؛
- التأكد من مدى ملاءمة المبيع لحاجيات المشتري؛
- التأكد من مدى صلاحية المبيع للغرض المعد له في ذاته.

ويترتب عن التمييز بين هذه الأهداف أنه عندما يتعلق الأمر بالرغبة الشخصية للمشتري فإن المعيار المأخوذ به هنا يكون شخصيا حيث يكون المشتري هو صاحب القرار في إمضاء البيع أو فسخه. أما عندما يكون الهدف هو التأكد من مدى ملاءمة المبيع لحاجيات المشتري فإن العلاقة هنا بين المبيع والمشتري تكون موضوعية تتصل بظروف المشتري وليس برغباته، لذلك فهي تخضع لسلطة القاضي التقديرية وبالتالي متى تبين بأن المبيع يناسب حاجيات المشتري ومع ذلك آثر هذا الأخير عدم إمضاء البيع فإنه يمكن للبائع أن يطالبه بالالتزام بالبيع، وعندما يعرض الأمر على القاضي فهو يُعمل معيارا موضوعيا ولا يركن فقط للرغبة الشخصية للمشتري.

أما إذا كان الهدف من البيع بشرط التجربة أو المذاق يتجلى في التأكد من مدى صلاحية المبيع للغرض المعد له في ذاته، فإن تقدير هذا الهدف يخضع بدون نقاش للمعيار الموضوعي الذي يستعين فيه القاضي بالخبرة التي ينجزها ذوي الاختصاص للقول بتحقق هذا الهدف من عدمه، ولا يعتد بالرأي المجرد للمشتري، لأن مثل هذه الأمور يفصل فيها من طرف ذوي الخبرة والاختصاص.

غير أنه بخصوص البيع بشرط المذاق لا بد أن نؤكد بأنه عادة ما يتم المذاق قبل تسليم المبيع للمشتري، فيتم المذاق في المكان الذي يكون فيه التسليم، ويسبق التسليم فورا، بحيث إذا تسلم المشتري المبيع اعتبر تسلمه إياه رضاء به وقبولا له بعد مذاقه. وأيضا يتم المذاق في الزمان والمكان الذين يتفق عليهما المتبايعان، وفي حالة عدم وجود هذا الاتفاق يتم الركون للعرف والعادة. والذي يذوق المبيع هو المشتري شخصيا أو نائبه الذي يقوم مقامه، والعبرة بما يقرره هذا المشتري من حيث قبول المبيع أو رفضه حسب ما اقتنع به شخصيا بعد عملية التذوق، وهذا الأمر لا يجب أن يكون محل مجادلة بمعنى أنه إذا لم يقبل المشتري المبيع بعد تذوقه لا يمكن للبائع أن يثبت له عكس ما اقتنع به ولو على سبيل الخبرة، وذلك حسب ما تم تفصيله أعلاه.

وأخيرا لا بد من التأكيد على أنه عندما يكون البيع بشرط التجربة أو المذاق، فإن البائع يبقى متحملا بتبعة هلاك المبيع، مادام لم يجر مذاقه أو تجربته ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا بالفعل في يد المشتري. فإذا تسلم المشتري المبيع من أجل تجربته وحصل ما أدى إلى هلاكه أو تعيبه خلال فترة التجربة وبدون أن يكون ذلك الهلاك أو التعيب بخطأ من المشتري، فإن تبعة الهلاك يتحملها البائع.

2- البيع المعلق على شرط فاسخ

البيع المعلق على شرط فاسخ هو البيع الذي يكون معلقا على شرط معين إذا تحقق يفسخ البيع، و من أمثلته بيع الثنيا (أ) وبيع العربون (**بـ**).

أ- بيع الثنيا: بيع الثنيا هو من العقود المسماة في ق.ل.ع، حظي باهتمام كبير من لدن الفقه الإسلامي، وكذا من لدن فقهاء القانون المدني. وهو يمتاز بخاصية الالتزام بإرجاع المبيع، لذلك اعتبره الدكتور مأمون الكزبري نوعا من الضمانات العقارية يقوم على اعتبار المبيع في يد المشتري كالرهن في يد المرتهن، يخوله في حالة عدم دفع البائع الدين ملاحقة بيع العقار موضوع الضمانة، واستيفاء دينه من ثمنه. ونظرا لأهمية بيع الثنيا وتوقف بعض معاملات الناس عليه، فقد نظمه المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود من خلال 16 فصلا (من الفصل 585 إلى الفصل 600)، مما جعله يحظى بأهمية كبرى، تجعلنا نتناوله من خلال تحديد ماهيته وأحكام المدة فيه (**أولا**)، ثم التطرق لأحكام وكيفية ممارسة حق الاسترداد (**ثانيا**).

أولا: ماهية وأحكام المدة في بيع الثنيا

ينص الفصل 585 من ق.ل.ع على أن البيع مع الترخيص للبائع في استرداد المبيع، أو بيع الثُّنْيَا، هو الذي يلتزم المشتري بمقتضاه، بعد تمام انعقاده، بأن يُرجع المبيع للبائع في مقابل رد الثمن. ويسوغ أن يرد بيع الثُّنْيَا على الأشياء المنقولة أو العقارية. فالثنيا إذن هو بيع مع الترخيص للبائع باسترداد المبيع، وقد سمي كذلك لأنه بمثابة استثناء من عقد البيع. والظاهر من خلال أحكام الفصل 585 من ق.ل.ع أن بيع الثنيا هو ذلك البيع الذي بعدما ينعقد على وجه صحيح كغيره من العقود القطعية، تعقبه الثنيا، وهي منح الخيار للبائع في استرداد المبيع، التي يلتزم بها المشتري على الطوع لإرجاع المبيع للبائع مقابل استرداد ثمنه. وبيع الثنيا بهذا المفهوم إنما هو بيع مع الثنيا أو بيع مقرون بالاسترداد الاتفاقي. وحسب ما يجري به العمل فإن بيع الثنيا لا يصح إذا جاءت الثنيا شرطا في العقد لمصلحة البائع، فإن تضمن العقد هذا الشرط فسد البيع وتعين فسخه ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد من هدم أو بناء أو غرس أو طول زمان كعشرين عاما مثلا ... وبالفوات يصح هذا البيع بالقيمة والغلة فيه للمشتري.

غير أن الثنيا - حسب الفقه الإسلامي - متى تفضل بها المشتري بعد البيع تكرما وهبة منه فأوردها على الطوع لا على الشرط وقع بيع الثنيا صحيحا سواء حدد لاستعمال خيار الاسترداد أجل كحياة البائع أم لم يحدد له أجل، ويرى ابن سلمون أنه من المستحسن أن يكتب الطوع في عقد منفرد عن عقد التبايع.

وعقد بيع الثنيا كما تم تحديده أعلاه، يتصف بأربع خصائص أساسية وهي:

- أنه من البيوع الرضائية ينعقد بمجرد تراضي الطرفين؛
- أنه من العقود المؤقتة لارتباطه بمدة محددة يبقى فيها البيع موقوفا على شرط.
- أنه من العقود الائتمانية نظرا لما يوفره للبائع من مال مع احتفاظه بإمكانية استرجاع المبيع.
- أنه من البيوع الموصوفة لاقتران الالتزام فيه بوصفين هما الأجل والشرط.

وتبعا لما سبق يظهر أنه من أهم الخصائص المميزة لبيع الثنيا هو حق الاسترداد الذي يتطوع به المشتري لفائدة البائع، مما يجعلنا نتساءل عن المدة التي يحق فيها للبائع ممارسة حق الاسترداد؟.

لقد حدد قانون الالتزامات والعقود المدة التي يحق فيها للبائع ممارسة حق الاسترداد في الفصل 586 بقوله لا يسوغ أن تشترط رخصة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات. فإن اشترطت لمدة أطول من هذا القدر، ردت إليه. وتبعا لذلك يكون لطرفي العقد الحق في اختيار وتحديد المدة التي تناسبهما على أن لا يتجاوز حدها الأقصى ثلاث سنوات، حيث إن هذا الحد اعتبره المشرع من القواعد الآمرة التي لا تجوز مخالفتها، وكل اتفاق مخالف يعتبر كأن لم يكن وتحدد المدة في ثلاث سنوات.

وأجل الثنيا يعتبر من مدد السقوط ولو كان اتفاقيا، لذلك فإنه لا يقبل التوقف ولا الانقطاع، وبالتالي لا يجوز للقاضي تمديده لأي اعتبار يهم البائع صاحب الحق في الاسترداد. فحسب مقتضيات الفصل 587 فإن الأجل المحدد للاسترداد قاطع، فلا يجوز للقاضي تمديده ولو كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى سبب خارج عن إرادته. إلا أنه إذا كان عدم تمكن البائع من مباشرة رخصة الاسترداد راجعا إلى خطأ المشتري، فإن فوات الأجل المحدد لا يمنع البائع من مباشرة حقه. حيث يمكن هنا للقاضي التدخل من أجل تمديد هذه المدة.

وأخيرا لا بد من الإشارة إلى أنه للمشتري بشرط الاسترداد، خلال الأجل المحدد له، أن ينتفع بالشيء المبيع باعتباره مالكا له، مع عدم الإخلال بما هو مقرر في الفصل 595 وله أن يقبض ثماره، وأن يباشر كل الدعاوى المتعلقة به، بشرط أن يحصل ذلك منه بغير غش.

ثانيا: أحكام وكيفية ممارسة حق الاسترداد في بيع الثنيا

إن الغاية من تشريع أجل الثنيا سواء منه الاتفاقي أو القانوني، لا تخرج عن تمكين البائع من استعمال خياره في الاسترداد. وهذا الخيار كحق للبائع يستعمل بتبليغ هذا البائع عزمه على الاسترداد للمشتري مع عرض الثمن والمصروفات إن اقتضى الحال على هذا المشتري قبل انقضاء مدة الثنيا عرضا حقيقيا. فقد نص الفصل 590 على أنه "يحصل طلب الاسترداد بإخطار البائع للمشتري برغبته في أن يرد له المبيع، ومن الضروري أن يقوم البائع في نفس الوقت بعرض الثمن".

أما تبليغ العزم على الاسترداد للمشتري فيوجه من قبل البائع على أن يكون كامل الأهلية وقت هذا التبليغ، ومتى أصبحت أهلية البائع ناقصة أو منعدمة لسفه أو جنون وقت التبليغ كان على نائبه الشرعي أن يقوم بذلك نيابة عنه طبقا لأحكام الفصل 279 من ق.ل.ع م. ولا يشترط القانون أي شكل خاص في هذا التبليغ ولذلك يمكن إجراؤه بكافة الطرق والوسائل.

وإذا مات البائع، قبل أن يباشر حقه في الاسترداد، انتقل هذا الحق إلى ورثته فيما بقي من المدة التي كانت له. ولا يسوغ لورثة البائع أن يباشروا حق الاسترداد إلا مجتمعين، وبالنسبة إلى المبيع كله. وإذا لم يتفقوا فيما بينهم، ساغ لمن يرغب منهم في الاسترداد أن يباشره على المبيع كله لحساب نفسه. ويسري نفس الحكم إذا باع عدة أشخاص، بالاشتراك فيما بينهم، وبعقد واحد شيئا يملكونه على الشياع، من غير أن يحتفظوا لأنفسهم بحق مباشرة استرداد كل واحد حصته.

أما في حالة وفاة المشتري فإنه يسوغ مباشرة دعوى الاسترداد ضد ورثة المشتري مجتمعين. ولكن إذا قسمت التركة، ووقع الشيء المبيع في نصيب أحد الورثة، أمكن مباشرة دعوى الاسترداد ضده من أجل المبيع كله. وحسب الفصل 589 فإنه إذا لم يباشر البائع حقه في الاسترداد في الأجل الذي حدده العاقدان، فقد حقه في استرجاع المبيع. أما إذا باشر البائع حقه في الاسترداد، فإن الشيء المبيع يعتبر كأنه لم يخرج عن ملكه أصلا.

وتترتب عن ممارسة حق الاسترداد الآثار التالية:

أن البائع الذي يستعمل حق الاسترداد لا يمكنه أن يحوز الشيء المبيع إلا بعد دفع الثمن الذي قبضه والمصروفات النافعة التي ترتبت عليها زيادة في قيمة الشيء وفي حدود تلك الزيادة. أما مصروفات الترف فلا يكون للمشتري إلا حق إزالة التحسينات التي أحدثها إذا أمكن ذلك بغير ضرر، وليس له أن يسترد لا المصروفات الضرورية ولا مصروفات الصيانة، ولا مصروفات جني الثمار.

يلتزم المشتري من ناحية أخرى برد الشيء وكل الزيادات الطارئة عليه بعد البيع، ثم الثمار التي قبضها من تاريخ دفع الثمن أو إيداعه. وللمشتري استعمال حق الحبس ضمانا للمدفوعات المستحقة له، وذلك ما لم يتفق المتعاقدان على خلافه.

يُسأل المشتري عن تعيب الشيء أو هلاكه الحاصلين بفعله أو بخطإه أو بخطأ الأشخاص الذين تلزمه المسؤولية عنهم، كما أنه يُسأل عن التغييرات التي ترتب عنها تحول الشيء تحولا أساسيا إضرارا بالبائع. ولا يُسأل المشتري عن الحادث الفجائي أو القوة القاهرة، ولا عن التغييرات اليسيرة التي لحقت الشيء، وليس للبائع في هذه الحالة طلب إنقاص الثمن.

إذا استرد البائع العين تنفيذا لشرط الاسترداد ترتب على ذلك رجوعها إليه خالية من كل ما عسى أن يكون المشتري قد حمَلها من تكاليف ورهون رسمية، ولكن البائع يلتزم بتنفيذ عقود الأكرية التي أبرمها المشتري بدون غش، إذا كانت مدتها لا تتجاوز الأجل المشترط للاسترداد وكان تاريخها ثابتا. وعندما يمارس البائع حقه في الاسترداد ويقبل المشتري العرض المقدم له، يكتب اتفاق الاسترداد الذي يسجل في السجل العقاري عندما يكون المبيع عقارا محفظا. وفي حالة رفض العرض من قبل المشتري يكون على البائع أن يودع بصندوق المحكمة ما هو ملتزم به من الثمن والمصروفات المعلومة.

إذا ورد بيع الثـُّنـْيَـا على أرض زراعية' وزرعها المشتري بنفسه أو أكراها لأحد من الغير قام بزراعتها، ثم حصل الاسترداد من البائع خلال السنة الزراعية' كان للمشتري الحق في الاستمرار في وضع يده على الأجزاء المزروعة حتى نهاية السنة الزراعية، في مقابل دفع كرائها، حسبما يقدره أهل الخبرة، عن المدة ما بين حصول الفسخ ونهاية تلك السنة.

إذا سمي الاتفاق (ببيع الثـُّنـْيَـا) مع كونه يتضمن في الحقيقة رهنا، فإن آثار هذا الاتفاق تخضع في العلاقة بين المتعاقدين لأحكام الرهن الحيازي للمنقول أو الرهن الرسمي، وفقا لظروف الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير، إلا إذا كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه القانون لقيام الرهن الحيازي على منقول أو الرهن الرسمي. (الفصل 600).

نخلص انطلاقا مما سبق ذكره إلى أن بيع الثنيا لم يظهر في المجتمع عبثا، بل جاء لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية تروم بالأساس تخفيف الضوائق المالية على الناس، لذلك حرص المشرع المغربي على تنظيم أحكامه تنظيما محكما، ووضع له قواعد تتفق مع طبيعته الخاصة التي تجعله مميزا عن باقي أنواع البيوعات. غير أنه رغم ذلك فهذا البيع لا يجد تطبيقات كثيرة له في الواقع العملي نظرا لما يرتبه من حالة عدم الاستقرار في العلاقة التعاقدية، لأن قيامه على شرط فاسخ يجعل الملكية النهائية للمبيع غير واضحة، وهو ما لا يتماشى مع متطلبات السرعة التي أصبحت تقتضيها المعاملات التجارية في عصرنا الحالي.

الفصل الثالث: شروط المبيع والثمن

يعتبر المبيع من بين أهم الأركان التي يقوم عليها عقد البيع، إلى جانب ركني التراضي على البيع والثمن، والمبيع إنما يجسد محل الالتزام الذي يؤثر بالغ التأثير على قيام العملية التعاقدية من حيث أن العقد لا ينعقد إلا إذا كان للالتزامات التي تنشأ عنه محل تتوافر فيه الشروط القانونية، فالقانون يتطلب وجود محل للالتزام ويشترط في هذا المحل أن يكون مشروعا، وأن يكون ممكنا، ثم أن يكون معينا أو على الأقل قابلا للتعيين.

أما الثمن فهو ذلك المبلغ من المال الذي يلتزم المشتري بدفعه مقابل حصوله على المبيع، وهو ركن أساسي في عقد البيع، ولا يوجد بيع بدون ثمن.

فلقيام عقد البيع لا بد من توافر شروط معينة في المبيع – **المبحث الأول** – وشروط محددة في الثمن – **المبحث الثاني** –

المبحث الأول: شروط المبيع

لا يخرج عقد البيع عن الشروط العامة اللازم توفرها في محل العقد، فما يشترطه القانون في المبيع لا يبتعد كثيرا عما هو مطلوب في محل الالتزامات التعاقدية بشكل عام، وتبعا لذلك يشترط في المبيع ان يكون موجودا – **المطلب الأول** – كما يشترط فيه أن يكون معينا أو قابلا للتعيين – **المطلب الثاني** – ثم لا بد أن يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه – **المطلب الثالث**

المطلب الأول : وجود المبيع

بالرجوع إلى أحكام البيع نجدها لم تتطرق لشرط وجود المبيع، رغم أنه شرط يقتضيه المنطق، حيث لا يمكن أن ينعقد البيع على شيء غير موجود، وفي غياب أحكام خاصة فإنه يجب الرجوع للأحكام العامة في ق ل ع.

وتبعا لذلك نجد الفصل 59 من ق.ل.ع يقضي ببطلان الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون.

كما أن المتعاقد الذي كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم عند إبرام العقد، استحالة محل الالتزام يكون ملزما بالتعويض تجاه الطرف الآخر. ولا يخول التعويض إذا كان الطرف الآخر يعلم أو كان عليه أن يعلم أن محل الالتزام مستحيل.

ويطبق نفس الحكم:

1 - إذا كان المعقود عليه مستحيلا في البعض دون الباقي وصح العقد في ذلك الباقي؛

2 - إذا كانت الالتزامات تخييرية وكان أحد الأشياء الموعود بها مستحيلا. (الفصل 60)

وحسب الفصل 61 من ق.ل.ع فإنه يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات المقررة بمقتضى القانون.

ومع ذلك لا يجوز التنازل عن تركة إنسان على قيد الحياة، ولا إجراء أي تعامل فيها أو في شيء مما تشتمل عليه ولو حصل برضاه، وكل تصرف مما سبق يقع باطلا بطلانا مطلقا.

وانطلاقا من أحكام هذه الفصول يمكن القول بأن وجود المبيع يطرح عدة فرضيات أهمها:

❖ فرضية المبيع الذي ينتهي وجوده في الماضي قبل انعقاد البيع

وهذه الفرضية هي التي نص عليه الفصل 59 ق.ل.ع بقوله إذا استحال المبيع في طبيعته استحالة مادية أو قانونية قبل انعقاد البيع وقع هذا البيع باطلا، وهذا معناه أن البيع قد وقع على شيء غير موجود وقت التراضي عليه، كأن يتبايع شخصين على غلة التفاح ثم يتبين أن عاصفة رعدية قد أصابت هذه الغلة وأتلفتها قبل التراضي علي البيع. ومن أمثلة الاستحالة القانونية أن يتبين أن المحكمة قد قضت باستحقاق شخص آخر للعقار المبيع قبل قيام مدعي ملكيته ببيعه.

❖ فرضية المبيع الذي ينتهي وجوده في الحاضر قبل تنفيذ البيع

وهذه الصورة لا تختلف عن الصورة السابقة إلا في كون الاستحالة في وجود المبيع قد طرأت بعد انعقاد البيع، وقبل تنفيذ هذا البيع. وإذا كان البيع في الفرضية السابقة يقع باطلا ويعتبر كأن لم يكن، فإن البيع في هذه الفرضية ينعقد ويتكون لكنه يبقى قابلا للفسخ، حسب درجة الاستحالة التي لحقت بالمبيع، ومدى قابليته للانقسام، ويكون الفسخ من طرف القاضي بناء على طلب أحد الأطراف والذي غالبا ما يكون هو المشتري.

❖ فرضية المبيع الذي لا يكون له وجود إلا في المستقبل

وهذه الفرضية تجد لها تطبيقات كثيرة في ق.ل.ع من أهمها ما يسمى ببيع السلم الذي يعرفه الفصل 613 بكونه " عقد بمقتضاه يعجل أحد المتعاقدين مبلغا محددا للمتعاقد الآخر الذي يلتزم من جانبه، بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المنقولة في أجل متفق عليه ". ومقتضى هذا البيع أن يقدم الصانع مثلا على بيع منتوج لم يكن قد صنعه وقت انعقاد البيع، أو أن يقوم الفلاح ببيع الغلة قبل نضجها.

وقد نظم ق.ل.ع هذا العقد بموجب الفصول من 614 – 618، واشترط الكتابة كوسيلة وحيدة لإثبات هذا العقد كما اشترط لقيام هذا العقد وجوب دفع الثمن للبائع كاملا، وبمجرد إبرام العقد. واشترط كذلك أن تكون الأطعمة وغيرها من الأشياء التي يرد العقد عليها يجب أن تكون معينة مقدارا وصنفا ووزنا أو كيلا، بحسب طبيعتها، وإلا بطل البيع. وإذا كانت الأشياء المبيعة مما لا يعد ولا يوزن، كفى أن يحدد صنفها بدقة تامة (الفصل 616). وحسب الفصل 618 فإنه إذا منع المدين، بسبب قوة قاهرة، من تسليم ما وعد به، بغير تقصير منه ولا مَطْل كان للدائن الخيار بين فسخ العقد واسترداد ما عجله من ثمن، وبين الانتظار حتى السنة التالية.

وفي السنة التالية، إذا وجد الشيء المبيع، وجب على المشتري تسلمه ولا يبقى له الحق في فسخ العقد. ويسري نفس الحكم إذا كان قد سبق للمشتري تسلم جزء من المبيع. وعلى العكس من ذلك إذا لم يوجد الشيء المبيع، طبق حكم الفقرة الأولى من هذا الفصل.

وإلى جانب الأطعمة وغيرها مما يمكن أن يكون محلا لبيع السلم فإن المشرع قد أورد عقدا آخر يندرج ضمن فرضية المبيع الذي لا يكون له وجود إلا في المستقبل، هو عقد بيع العقار في طور الإنجاز الذي تعرفه المادة 618-1 بكونه " يعتبر بيعا لعقار في طور الإنجاز كل اتفاق يلتزم بمقتضاه البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري مقابل ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال".

وقد حدد المشرع بدقة أحكام هذا العقد بموجب القانون رقم 44.00 والذي تم تعديله بموجب القانون رقم 107.12، وذلك بهدف تحقيق توازن عقدي بين المستهلك والمنعش العقاري وضمان حقوق كلا الطرفين خلال آجال تنفيذ العقد.

المطلب الثاني : تعيين المبيع أو قابليته للتعيين

يشترط لقيام عقد البيع أن يتم تعيين المبيع، وبما أن التعيين يقتضي التحديد فإن المتعاقدين يتوجب عليهما أن يعملا على تحديد المبيع تحديدا كافيا يسمح بالتعرف عليه، أو على الأقل بتحديده عن طريق مواصفات تجعله قابلا للتعيين.

غير أن شرط التحديد هذا يختلف حسب طبيعة المبيع، فما يكفي لتعيين الأشياء المثلية، قد لا يكون كافيا في تعيين الأشياء القيمية، لذلك سوف نميز في هذا الإطار بين التعيين في بيع الأشياء القيمية – **الفقرة الأولى** – ثم التعيين في بيع الأشياء المثلية – **الفقرة الثانية** – وأخيرا التعيين في البيع بالجزاف – **الفقرة الثالثة** –

الفقرة الأولى : التعيين في بيع الأشياء القيمية

الأشياء القيمية هي من حيث المبدأ الأشياء محددة الذات، ولو في الذهن بالنسبة للأشياء غير المادية، حيث يتميز كل منها عن الآخر، ولا يكون مجال للاختلاف بينها، فلا يقوم غيرها مقامها في الوفاء، من ذلك مثلا قطعة أرضية، أو تحفة فنية أو أثرية.

وتبعا لذلك فإنه يجب على المتعاقدين تعيين مثل هذه الأشياء القيمية تعيينا كافيا، يرفع الجهالة عنها، ولا يجعلها عرضة للاختلاط بما يشبهها. وهكذا فإذا تعلق الأمر بقطعة أرضية مثلا فإنه يجب ذكر مساحتها وحدودها من الجهات الأربع، ورقم رسمها العقاري إن كانت محفظة، أو رقم مطلب التحفيظ إن كانت في طور التحفيظ.

وإذا كان المبيع عبارة عن أسهم أو حصص مالية في شركة فإنه يتعين تحديد حجم ونوعية هذه الأسهم أو الحصص المالية بشكل دقيق لا يدع مجالا للاختلاف بين الطرفين.

وقد يكون المبيع شخصيا كما هو الشأن في الحوالة، فإن تعيينه يكون بتحديد الدائن المحال له بهذا الحق الشخصي والمدين المحال عليه به، والشيء الذي يقع عليه هذا الحق الشخصي، وكذا المصدر الذي أنشأ هذا الحق.

وخلاصة القول أن التعيين في الأشياء القيمية يجب أن يكون بالذات، وذلك بكل طريقة أو وسيلة تجعل هذه الذات التي هي محل البيع معلومة بما فيه الكفاية، وذلك على خلاف التعيين في الأشياء المثلية.

الفقرة الثانية: التعيين في بيع الأشياء المثلية

سبق معنا القول أن الأشياء القيمية هي التي تتميز عن بعضها البعض بخصائص حيث لا يمكن للواحدة أن تقوم مقام الأخرى في الوفاء، وذلك على خلاف الأشياء المثلية التي يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء وتقدر في التعامل بالكيل أو بالوزن أو بالعد أو بالقياس، وبالتالي يكفي في تحديدها ذكر النوع مع المقدار، كما قد يكون تحديد المبيع في الأشياء المثلية على مقتضى الأنموذج.

فبالنسبة لتحديد المبيع عن طريق النوع والمقدار فهو يجد أساسه القانوني في الفصل 486 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح، في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو المقياس والصنف، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصر". ويستفاد من هذا الفصل أن تحديد المبيع في الأشياء المثلية يجوز أن يكون فقط بالنوع والمقدار، و المقدار ينصرف إلى العدد أوالكمية أوالوزن أو القياس، فمن يرغب مثلا في شراء كمية من زيت الزيتون يكفيه أن يتفق مع البائع على النوع وهو زيت الزيتون، وعلى المقدار وهو 100 لتر مثلا، ليكون المبيع معلوما ومعينا.

لكن كما نعلم فالأشياء المثلية بدورها تختلف من حيث الجودة في السوق، فنجد أن الثمور مثلا تختلف جودتها وثمنها من صنف لآخر، لذلك يستحب أن يتم تحديد مستوى الجودة أيضا في الشيء المثلي. غير أنه في حالة عدم التحديد فإن ذلك لا يؤثر في العقد استنادا لمقتضيات الفصل 244 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملزما بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع، كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه". وهو ما يعني أنه في حالة عدم تحديد مستوى الجودة فإن العقد ينفذ على اعتبار أن المبيع يجب أن يفرز من النوع المتوسط الجودة.

أما إذا كان البيع وفقا لعينة محددة أو لنموذج معين فإن البائع يكون ملزما بأن يسلم للمشتري مبيعا يتوفر على نفس مواصفات العينة أو الأنموذج المتفق عليه، وذلك حسب ما هو مقرر في الفصل 551 ق.ل.ع الذي ينص على أنه " في البيوع التي تنعقد على مقتضى أنموذج، يضمن البائع توفر صفات الأنموذج في المبيع ".

غير أنه قد يحدث أن يتعيب الأنموذج أو يهلك قبل التنفيذ مما يطرح إشكالية تعيين المبيع، وهنا نجد بأن المشرع قد اعتبر في الفصل 551 أعلاه أنه إذا هلك الأنموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البضاعة غير مطابقة له. وكأنه قد أقام قرينة على مطابقة المبيع للأنموذج وعلى المشتري الذي يدعي خلاف ذلك أن يثبته.

الفقرة الثالثة: التعيين في البيع بالجزاف

البيع بالجزاف أو البيع الجزافي حسب الفقرة الثانية من الفصل 490 من ق.ل.ع هو الذي يرد بثمن واحد على جملة أشياء، دون أن يعتبر عددها أو وزنها أو قياسها إلا لأجل تعيين ثمن المجموع. فالجزاف إذن هو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد جملة بلا كيل ولا وزن ولا عد.

والبيع بالجزاف شائع بكثرة في المعاملات التجارية، خاصة بالنسبة لبيع الغلل الفلاحية، حيث تجري العادة أن يتم بيع غلة الزيتون أو التفاح أو البطاطس مثلا جملة واحدة وهي لا زالت غير مفصولة على أصلها، حيث يصح البيع في هذه الحالة فقط بتحديد المبيع بطريقة إجمالية في شكل صفقة غير قابلة للتجزئة، كأن يقال مثلا أبيعك غلة التفاح الموجودة بهذه الضيعة.

فتعيين المبيع في البيع بالجزاف يتم إذن بتحديد نوع الشيء المبيع والمكان الذي يوجد فيه (أبيعك مجموع الملابس الموجودة في هذه الحقيبة، أبيعك جميع الكتب الموجودة في هذه المكتبة)، وهذا التعيين يجعل ما يباع على الجزاف بمثابة شيء معين بذاته ولو تمثل في شيء مثلي. فكما هو واضح من الفصل 490 أعلاه فإن ما يجعل البيع موصوفا بالجزاف ليس هو مجموعة الأشياء المبيعة في حد ذاتها صفقة واحدة بل هو التعيين الذي يقع لأنواع هذه الأشياء والمكان الذي توجد فيه، مما يعني أن تعيين مجموعة الأشياء المبيعة دون تحديد مكانها لا يجعل البيع حاصل بالجزاف.

كما أنه لا بد من التنبيه إلى أن الجزاف يتصل بالمبيع وليس بالثمن، وعليه إذا ما تم بيع أشياء محددة بثمن جزافي كأن يبيع الكتبي عشرون كتابا بثمن جزافي قدره 700 درهم، دون أن يحدد ثمن الكتاب الواحد، فهذا البيع ليس بيع جزاف لأن المبيع محدد، لكن إذا باع بنفس الثمن كتبا تتواجد بمكان معين دون تحديد كميتها كان البيع بيع جزاف. كما أنه ليس هناك ما يفرض أن يكون بيع الجزاف شاملا لكل البضاعة بل قد يشمل فقط نسبة معينة منها كأن يتصل البيع بالنصف أو الثلث من الكتب الموجودة بمكان معين مثلا.

وحسب الفصل 490 أعلاه فإنه إذا حصل البيع جزافا، فإنه يكون تاما بمجرد أن يتراضى المتعاقدان على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى، ولو لم تكن الأشياء التي يرد عليها قد وزنت أو عدت أو قيست أو كيلت. ويترتب عن ذلك أن تبعة الهلاك أو التعيب يتحملها مبدئيا المشتري ولو قبل حصول التسليم لأن العقد يكون قد انعقد، وذلك على خلاف البيع بالتقدير حيث تبقى التبعة على عاتق البائع إلى أن يحصل الإفراز الناقل للملكية.

المطلب الثالث : كون المبيع مما يجوز التعامل فيه

لكي يقوم عقد البيع صحيحا لا بد أن يكون المبيع مما يجوز التعامل فيه، وهو يكون كذلك عندما يكون مشروعا في حد ذاته – **الفقرة الأولى** – و يكون مملوكا للبائع – **الفقرة الثانية** –

الفقرة الأولى: أن يكون المبيع مشروعا

تقتضي معالجة هذا الشرط تحديد نطاق المبيع، وهو محدد بموجب أحكام الفصل 57 من ق.ل.ع الذي ينص على أن " الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها ".

وهو ما يعني أن نطاق المبيع يحدد في كل ما يقبل التملك من المنافع والأعيان والديون، والقابلية للتمليك والتملك تقتضي أن يكون المبيع مشروعا، وهو يكون كذلك عندما لا يكون مخالفا للنظام العام، ولا للأخلاق الحميدة، وقد لا يكون مخالفا لها لكن المشرع منع بيعه لأسباب معينة.

وتبعا لذلك لا يجوز أن يكون محلا للبيع ما هو مباح للناس أجمعين وغير قابل للتملك أو التمليك كالشمس والهواء ومياه البحر، وكذلك ما اتفق الأشخاص على جعله ممنوعا من البيع كمن يشترط على الموصى له بعدم بيع الموصى به خلال مدة معينة، أو لكون القانون تدخل ومنع بيع بعض الأشياء كما هو الحال مثلا بالنسبة لبعض المشاريع التي تدعمها الدولة على غرار مشاريع مخطط المغرب الأخضر حيث تشترط الدولة على المستفيد من الدعم عدم بيع الاستغلالية المحتضنة للتجهيزات المدعمة خلال مدة خمس سنوات ابتداء من تاريخ الاستفادة. أو كما هو الشأن أيضا بالنسبة للأملاك الحبسية.

كما تقتضي طبيعة كون المبيع مشروعا أن لا يكون مخالفا للنظام العام والأخلاق الحميدة، فحسب الفصل 484 من ق.ل.ع فإنه " يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفقا لشريعتهم مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة ".

وواضح من خلال هذا الفصل أن تحديد ما يعتبر من النجاسات يرجع فيه للشريعة الإسلامية من الكتاب والسنة، وقد حدد فقهاء المذهب المالكي قائمة بما يحرم بيعه شرعا ولا تجوز التجارة فيه، من ذلك مثلا الخمر، الميتة بجميع أجزائها التي تقبل الحياة، الخنزير ...

أما ما هو مخالف للنظام العام فلا يقع تحت حصر ويرجع للقاضي تقدير ذلك في إطار سلطته التقديرية، لكن لا بد من ذكر بعض الأمثلة، فنعتبر مخالفا للنظام العام كل بيع يمس إنسانية الشخص وكرامته كبيع دمه أو أعضائه البشرية، أو بيع جثة الميت بعد هلاكه، كما يعتبر أيضا مخالفا للنظام العام ويمنع بيعه تلك الألعاب النارية والمتفجرات التي يتم تداولها عادة خلال موسم عاشوراء اعتبارا لما تلحقه من أذى بالناس في سلامتهم النفسية والجسدية وربما حتى في أموالهم، لذلك تقوم السلطات العمومية بحجزها ومتابعة مروجيها.

الفقرة الثانية: أن يكون المبيع مملوكا للبائع

تقتضي صحة عقد البيع أن يكون المبيع مملوكا للبائع، حيث يفرض المنطق والقانون أن لا يتدخل أحد في شؤون غيره، وأن لا يبيع شيئا من ماله، دون أن يكون متوفرا على سند شرعي يخوله ذلك، من قبيل الوكالة أو النيابة القانونية أو القضائية. وإذا ما تصرف شخص في مال غيره بالبيع دون توفره على السند الذي يخوله ذلك، فإنه يصبح في حكم الفضولي.

والفضالة هي من أشباه العقود المنزلة منزلة الوكالة، وهي عقد مسمى في ق.ل.ع نظم المشرع أحكامه بموجب الفصول من 943 إلى 958. في حين أن الفضولي هو من يبيع مال غيره ممن لا ولاية له عليه وليس وكيلا له، كأن يقوم المستعير في عقد عارية الاستعمال ببيع الشيء المعار بغير إذن المعير، فيكون في هذه الحالة قد قام ببيع شيء في ملك غيره، دون إذنه، فتنطبق عليه أحكام بيع ملك الغير.

وبيع ملك الغير نظم المشرع أحكامه في الفصل 485 من ق.ل.ع الذي ينص على أن " بيع ملك الغير يقع صحيحا:

1 - إذا أقره المالك؛

2 - إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع. وزيادة على ذلك، يلتزم البائع بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند البيع أن الشيء مملوك للغير، ولا يجوز إطلاقا للبائع أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير ". ويتضح من خلال هذا الفصل أن عقد بيع ملك الغير يكون قابلا للفسخ لصالح المشتري، كما أن هذا البيع يقع صحيحا في حالتين وهما إذا أقره المالك أو إذا كسب البائع الشيء محل العقد فيما بعد.

والقول بكون البيع قابل للفسخ لصالح المشتري، يعني أيضا القول بكونه قابل للتصحيح، ولهذا فالمشتري يمكنه أن يترقب تصديق المالك الحقيقي على هذا البيع وبالتالي تصحيحه، كما أن هذا البيع يمكن تصحيحه أيضا بفرضية كسب البائع فيما بعد لملكية الشيء المبيع، كما لو توفي المالك الحقيقي وآل المبيع للبائع باعتباره الوارث الوحيد. وينتج عن ذلك أن دعوى الفسخ تتلاشى بزوال المانع أو السبب الذي كان يهدد المشتري باستحقاق الشيء المبيع منه. غير أنه إذا لم يحصل تصديق المالك الحقيقي ولم يكتسب البائع ملكية الشيء المبيع فإن مآل العقد يكون هو الفسخ بالنسبة للمشتري، و إذا كان المشتري يجهل، عند البيع أن الشيء مملوك للغير، يمكنه أن يطلب من البائع تعويضه عن الضرر الذي لحقه جراء فسخ البيع.

وبخصوص إقرار البيع من طرف المالك فقد يكون صريحا بالعبارات الدالة عليه، كما قد يكون ضمنيا كما هو الحال مثلا في حالة بيع ملك الغير في محضره، فالمالك الحقيقي الحاضر في مجلس العقد إذا كان يرغب في رفض هذا البيع فعليه أن يصرح بذلك، أما سكوته وقت التعاقد فيحمل على أنه إجازة ضمنية لذلك البيع الذي ينعقد ويصبح بالتالي صحيحا لازما له بسكوته غير المبرر بمانع كالخوف على نفسه أو ماله.

أما فيما يخص آثار بيع ملك الغير بالنسبة للبائع فإنه لا يجوز له إطلاقا أن يتمسك ببطلان البيع بحجة أن الشيء مملوك للغير، ومرد هذا التشدد مع البائع إلى كون البائع ضامنا لتنفيذ العقد ونقل الملكية للمشتري ومن شأن تمكينه من دعوى الفسخ أو البطلان أن يؤدي إلى حصول تعارض بين الالتزام الملقى على عاتق البائع وبين طلبه التحلل من العقد الذي يربطه بالمشتري، وذلك إعمالا لقاعدة من يضمن لا يحق له أن يعترض.

وأخيرا فإن آثار بيع ملك الغير بالنسبة للمالك الحقيقي فتتجلى في كون أن هذا الأخير يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد البيع الذي تم بين المشتري والبائع، لذلك فإن بيع ملك الغير لا يسري في مواجهة المالك الذي ليس له طلب البطلان لأنه لم يكن طرفا في العقد، إلا أن له دورا حاسما في جواز أو عدم جواز هذا العقد لأنه يعتبر بمثابة الطرف الوحيد الذي يملك سلطة إقراره أو عدم إقراره. فإذا أقره المالك صراحة أو ضمنا انقلب صحيحا منتجا لكافة آثاره القانونية ويترتب على ذلك نتيجتان أساسيتان أولهما أن ملكية المبيع لا تنتقل للمشتري إلا من تاريخ الإقرار، أما النتيجة الثانية فهي أنه بحصول هذا الإقرار فإن حق المشتري في طلب الفسخ يسقط نتيجة لهذا الإقرار إعمالا للقاعدة الفقهية القائلة بأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وأنه بزوال سبب الفسخ لا يكون هناك موجب لإثارة هذه الدعوى من قبل المشتري.

أما إذا رفض مالك الشيء إجازة هذا البيع وإقراره فهذا يعني أن له الحق في استرداد ملكه الذي بيع بغير موافقته مع التعويض إن كان له محل، غير أن المالك قد تعترضه بعض الصعوبات التي تحول دون استرداده لملكه كأن يكون المشتري قد تصرف في المبيع وحوله إلى شكل آخر مخالف لشكله الأصلي أو هلك بفعل سبب من الأسباب فإن حق المالك ينحصر في طلب التعويض .

المبحث الثاني: شروط تحديد الثمن في عقد البيع

تعرض ق.ل.ع للثمن في مجموعة من الفصول من أهمها الفصل 478 الذي عرف عقد البيع بأنه عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل **ثمن** يلتزم هذا الآخر بدفعه له. وكذلك الفصل 488 الذي يتحدث عن تكوين عقد البيع ويعتبر أن البيع يكون تاما بمجرد تراضي عاقديه، أحدهما بالبيع والآخر بالشراء، وباتفاقهما على المبيع **والثمن** وشروط العقد الأخرى.

أما الفصل 487 فقد تحدث عن كيفية تعيين الثمن بتنصيصه على أنه يجب أن يكون الثمن الذي ينعقد عليه البيع معينا. ولا يسوغ أن يعهد بتعيينه إلى أحد من الغير، كما أنه لا يسوغ أن يقع الشراء بالثمن الذي اشترى به الغير ما لم يكن هذا الثمن معروفا من المتعاقدين. ومع ذلك، يجوز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفة معينة أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع، على بضائع، يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

وانطلاقا من هذه الفصول يتضح لنا أن الثمن المعتبر في قيام عقد البيع يجب أن يكون موجودا – **المطلب الأول** – وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين – **المطلب الثاني** – ثم أن يكون جديا وعادلا – **المطلب الثالث** –

المطلب الأول: ضرورة وجود الثمن

لقد سلف معنا القول بأنه لا بيع بدون ثمن، فلكي يكون البيع صحيحا لا بد أن يكون الثمن موجودا، ولا يكفي للقول بوجود الثمن في البيع أن يكون الثمن مذكورا، بل لا بد أن يكون موجودا وجودا حقيقيا. لأن الثمن الحقيقي يتميز عن الثمن الذي لا يعكس حقيقة اتفاق الأطراف، أو الثمن الصوري. فقد يظهر من خلال ما تمت تسميته بالثمن في العقد أن الأمر لا يتعلق بثمن حقيقي، أو يتعلق ببيع لا يريد طرفاه أن يعلم الغير حقيقة ما اتفقا عليه.

فإذا ثبت إذن اتفاق المتعاقدين على إسقاط الثمن صراحة أو ضمنا فإننا لا نكون أمام عقد بيع أصلا، وذلك ما يستشف من الفصول 478 – 487 و 488 المشار إليها أعلاه، حيث يظهر أن المشرع المغربي قد تأثر في هذا الحكم بالقانون المدني الفرنسي (المادة 1592) الذي يشترط بدوره ضرورة الاتفاق على المبيع والثمن كمحددين أساسيين لعقد البيع وذلك تحت طائلة البطلان.

ولا يكفي أن يكون الثمن موجودا بل لا بد أن يكون محددا بالنقد تحت طائلة انعدام البيع، فإذا تم الاتفاق مثلا على بيع مجموعة من الكتب مقابل محفظة كنا أمام عقد مقايضة وليس عقد بيع. لأن ما يميز عقد البيع عن غيره هو الثمن والثمن لا يكون إلا نقدا.

وتحديد هذا الثمن يعتبر ضروريا لانعقاد البيع، حتى يكون كل من البائع والمشتري على علم به، غير أنه لا يشترط أن يكون الثمن معينا بل يكفي لانعقاد البيع أن يكون قابلا للتعيين.

المطلب الثاني: تعيين الثمن للعلم به أو جعله قابلا للتعيين

يتضح من خلال مقتضيات الفصل 487 أعلاه أن عقد البيع يقع صحيحا بتعيين الثمن – الفقرة الأولى – أو فقط بجعله قابلا للتعيين – الفقرة الثانية –

الفقرة الأولى : تعيين الثمن

من آثار الشرط المتعلق بتحديد الثمن أن يتم تعيين هذا الثمن، والتعيين يجب أن يتم بالعملة المتداولة في البلاد وهي الدرهم المغربي. غير أنه قد يجري تحديد هذا الثمن بالفرنك أو الدورو أو السنتيم كما هو شائع في مناطق مختلفة من المغرب نتيجة تأثر الذاكرة الشعبية بمخلفات الاستعمار، لهذا لا ينبغي أن يعتبر ذلك سببا لبطلان البيع بدعوى عدم تعيين الثمن بل يجب فقط عند الأداء أن يتم ذلك بالعملة المتداولة فعلا وهي الدرهم جريا على ما جرت به العادة والعرف. وإذا كان تعيين الثمن يجب أن يكون بالعملة المتداولة وطنيا بالنسبة للبيوع الداخلية التي تجري داخل الوطن، فإنه ليس هناك ما يمنع من تعيينها بالعملات الأجنبية عندما يتعلق الأمر بالبيوع الدولية. وهذا التعيين له أهمية كبرى نظرا لما تعرفه العملات من اختلاف في قيمتها تبعا لتقلبات أسعار الصرف.

ويقتضي تعيين الثمن أيضا أن يكون هذا الثمن محددا بالمقدار، فيقال مثلا بعتك هذا الكتاب بمائة درهم، فإذا قيل بعتك هذا الكتاب بمائة دون ذكر الدرهم، فإنها تحمل على الدرهم باعتباره العملة القانونية المتدا ولة بالبلاد، وعلى من ادعى مثلا بأن رقم المائة ينصرف إلى السنتيم أو غيره أن يثبت ذلك.إذن فتعيين الثمن يكون بتحديد مقداره بالعملة المتداولة وطنيا وهي الدرهم، غير أنه لا يكفي هذا التحديد بل لا بد أن يتعلق به رضى المتعاقدين ويتفقان عليه، غير أن المشرع أجاز لهما إمكانية ترك تحديد هذا الثمن لشخص آخر أو بجعل الثمن فقط قابلا للتعيين.

الفقرة الثانية : جعل الثمن قابلا للتعيين

بالرجوع إلى أحكام الفصل 487 أعلاه نجده لا يُسوغ ترك تعيين الثمن إلى أحد من الغير، ولا أن يقع الشراء بالثمن الذي اشترى به الغير ما لم يكن هذا الثمن معروفا من المتعاقدين. لكنه مع ذلك أجاز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفة معينة أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع، على بضائع، يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

وتبعا لذلك فإنه إذا ترك المتعاقدين مهمة تعيين الثمن لأحد من الأغيار، أو تم الاتفاق بينهما على أن يكون الثمن هو نفسه الذي اشترى به الغير، فالقاعدة ألا يعتبر هذا البيع صحيحا، إلا في حالة واحدة وهي أن يكون المتعاقدين وقت إبرام العقد على علم بالثمن الذي حدده الغير أو الذي اشترى به. من ذلك مثلا أن يكون شخص ثالث حاضرا بمجلس العقد فيكلفه الطرفين بتحديد الثمن فيحدد هذا الثمن في مجلس العقد فيوافق عليه المتعاقدين، أو أن يحصل الاتفاق بينهما على أن الثمن يماثل الثمن الذي باع به فلان، فإذا كان هذا الثمن معلوما لديهما وقت ابرام العقد صح البيع، ولا يصح في حالة العكس.

فالعبرة إذن في الحالتين معا أن يحصل لدى المتعاقدين العلم بالثمن المعين من طرف الغير أو الذي باع به الغير وقت إبرام العقد. وفضلا عن ذلك فالفصل 487 أعلاه قد أجاز الركون إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفة معينة أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها للتقلبات. أما إذا ورد البيع، على بضائع، يتعرض ثمنها للتقلبات، فيفترض في المتعاقدين أنهما ركنا إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

وانطلاقا من ذلك يمكن القول بأنه إذا تراضى المتبايعان في تحديدهما للثمن على سعر سوق معينة كان الثمن هنا قابلا للتعيين بالرجوع إلى هذا السعر، ولا يهم بعدئذ أن يكون سعر السوق المتفق عليه هو سعر وقت تكوين البيع أو سعر وقت تنفيذ البيع كوقت انتقال الملكية المؤجلة أو وقت التسليم. وإذا لم يحدد الطرفان مكان وزمان هذا السوق أمكن اعتبار مكان وجود المبيع وقت إبرام البيع هو مكان وزمان السوق التي تراضى الطرفان على تعيين الثمن بها. أما بخصوص التعريفة فهي إما أن تكون تعريفة محددة بموجب القانون كما هو الحال بالنسبة لأسعار بعض المواد أو الخدمات المنظمة أثمانها بالقانون وهنا يفترض أن تكون معلومة لدى المتعاقدين وقت إبرام العقد فيكون الثمن معينا وليس قابلا للتعيين. وإما أن يكون المبيع من الأشياء التي تخضع أثمانها لحرية الأسعار، فيكون البائع في هذه الحالة هو من يتولى تحديد التعريفة وهنا يجب أن يعلم بها المشتري وقت إبرام العقد ولم يرفضها صراحة أو ضمنا.

ثم أخيرا هناك الحالة التي يتم فيها التراضي على جعل الثمن يتعين في البيع بمتوسط أسعار السوق المحال عليها، ومتوسط أسعار السوق يقصد به ذلك المتوسط الذي ينتج عن مجموع تقلبات الثمن الذي يباع به مثل المبيع بعد قسمته على عدد التقلبات خلال يوم إبرام البيع. وسواء تم تعيين الثمن أو جعله قابلا للتعيين بإحدى الطرق المشار إليها أعلاه، فإن هذا الثمن يجب أن يكون جديا وعادلا.

المطلب الثالث : جدية الثمن وعدالته

يقصد بجدية الثمن أن يكون صحيحا ومعادلا للشيء المباع بحيث لا يكون هناك تفاوت كبير بين قيمة الشيء المباع في السوق والثمن المحدد لبيعه، فالثمن الجدي هو الثمن المعقول الذي يتناسب مع متوسط الأسعار في السوق. وهو بخلاف الثمن التافه الذي يكون منعدما تماما أو بخسا، لا يقارن بمثيلات المبيع في السوق فيكون الثمن صوريا، أو يكون عبارة عن هبة مستترة في صورة البيع. حيث هناك عدة أوضاع استثنائية يلجأ فيها المتعاقدين إلى الاتفاق على إسقاط الثمن أو الزيادة فيه أو الانقاص منه فنكون أمام ما يسمى في القانون بعقد البيع الصوري الذي يتم فيه إخفاء الثمن الحقيقي.

أما آثار الصورية فيحددها الفصل 22 من ق.ل.ع الذي يعتبر أن الاتفاقات السرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة لا يكون لها أثر إلا فيما بين المتعاقدين ومن يرثهما، فلا يحتج بها على الغير، إذا لم يكن له علم بها. ويعتبر الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل. وتبعا لذلك فالغير يحق له الاستفادة من دعوى الصورية عند توافر عناصرها فيثبت له الخيار بين التمسك بالعقد الظاهر أو الأخذ بمضمون العقد السري إذا كان حسن النية، أما إذا كان هذا الغير عالما بالثمن الصوري فإن مقتضيات هذا الثمن هي التي تسري عليه إذ أنه يسري عليه ما يسري على المتعاقدين في هذه الحالة.

ولا يكفي في الثمن أن يكون حقيقيا بل لا بد أيضا أن يكون عادلا، وتتحقق عدالة الثمن عندما يكون في مستوى القيمة الحقيقية للشيء المبيع. وتظهر عدالة الثمن بشكل بارز بالنسبة للأشياء الخاضعة لنظام التسعير الجبري حيث تكون هناك تسعيرة معروفة لدى الجميع، فإذا جاء البيع مخالفا لتلك التسعيرة بنقص كبير اعتبر الثمن بخسا وغير عادل. غير أنه بالنسبة لباقي البيوعات التي يخضع فيها الثمن للتراضي بين الطرفين فإن الثمن يعتبر عادلا متى خضع في تحديده لمعيار المساومة، ولو جاء ناقصا عن قيمة المبيع في السوق أو زائدا عنها، ما دام هذا النقصان أو الزيادة يعتبر يسيرا ومغتفرا، وإلا اعتبر غبنا.

والغبن حسب الفصل 56 من ق.ل.ع هو كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء وبالرجوع إلى ق.ل.ع نجد بأن الغبن المجرد لا يعتبر سببا لطلب إبطال البيع ولو كان هذا الغبن متمثلا في التفاوت الفاحش بين ثمن المبيع منقولا كان أو عقارا محفظا وبين قيمته في السوق. ولا يخول الغَبْن الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله. (الفصل 55) أو كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. (الفصل 56 من ق.ل.ع).

الفصل الرابع: آثار عقد البيع

حينما يتم ابرام عقد البيع وفق ما تنص عليه القوانين وإرادة الاطراف، وينشأ مستجمعا لعناصر صحته التي سبق تناولها في المحاضرات السابقة، تترتب عنه آثار قانونية مهمة تقع على عاتق البائع والمشتري معا. وطبيعي ذلك، إذ إن عقد البيع عقد تبادلي ناقل للملكية. فالبائع يسلم الشيء المبيع أي ينقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري، بل وأيضا يضمن له استحقاقه وأن لا يتعرض عليه أحد في ملكيته، إلى جانب ضمانه لعيوب الشيء المبيع. أما المشتري فيتسلم الشيء المشترى ويسلم للبائع ثمنه وفق ما تقتضيه النصوص القانونية ووفق ما تم الاتفاق عليه.

إذن البائع ملزم بـ: 1- نقل الملكية 2- بالتسليم 3- بالضمان

أما المشتري فيلتزم بــ: 1- تسلم الشيء 2- تسليم الثمن المتفق عليه.

لذا، سنقسم الحديث عن آثار عقد البيع كما يلي:

1- التزامات البائع في عقد البيع **(الفرع الأول).**

2- التزامات المشتري في عقد البيع **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول: التزامات البائع في عقد البيع

قرر المشرع المغربي بموجب الفصل 491 من ق.ل.ع أن المشتري يكسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع، بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه، وللبائع وقتئذ حق تفويته ولو أن التسليم لم يحصل بعد. كما له أن يتصرف في حقه في الثمن كما يشاء، ولو قبل الوفاء به (ف.492 ق.ل.ع). وهذا هو الأصل العام. إلا أن انتقال الملكية لا يتم على هذا الشكل في كل الحالات، بل قد يتأخر هذا الانتقال لوقت لاحق أو لعد اجراءات شكلية أو لأسباب قانونية أو اتفاقية، وهذه هي الاستثناءات الواردة على المبدأ العام السالف ذكره، وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

المبحث الأول: التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه للمشتري

المبحث الثاني: التزام البائع بضمان الشيء المبيع

المبحث الأول: التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه للمشتري

تناول المشرع المغربي انتقال الملكية ضمن آثار عقد البيع عموما، على اعتبار أن الانتقال يتم بمجرد تمام عقد البيع. وإذا كان المشرع يعتبر بموجب الفصل 491 من ق.ل.ع أن المشتري مكتسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه، فهذا يعني أن تبادل الايجاب والقبول وتطابقهما على الشروط الأخرى للبيع، يؤدي إلى انتقال ملكية المبيع ـمبدئيا- الى الطرف الآخر ـأي المشتري- وبشكل مباشر.

على أن المشرع المغربي ولو أقر تفويت الشيء المبيع للمشتري ـولو قبل حصول التسليم الفعلي- استثنى من هذا الحكم بيوع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين (الفصل 492 من ق.ل.ع). لذا، سنتطرق إلى التزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع في **مطلب أول**، ثم بعدها سنفصل في التزام البائع بتسليم الشيء المبيع في **مطلب ثان**.

المطلب الأول: إلتزام البائع بنقل ملكية الشيء المبيع

يعد انتقال ملكية الشيء من البائع للمشتري القاسم المشترك بين مختلف أنواع البيوع، كيفما كان محل العقد فيها ماديا أو معنويا. فكمبدأ عام تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام العقد، وهذا مبدأ أساس في القانون المغربي الذي جعل انتقال الملكية من البائع إلى المشتري مرتبط بالأساس بإبرام عقد البيع، أي بتوافق إرادة المتعاقدين حول المبيع وثمنه وما يرتبط بذلك (الفصل 478 من ق.ا.ع).

فنص الفصل 491 من ق.ل.ع واضح بهذا الخصوص، لذا تحديد تاريخ انتقال الملكية من البائع الى المشتري مسألة جد أساسية ومهمة للغاية، إذ يترتب عنها عدة آثار قانونية كتحديد الوقت الذي يحق فيه للمشتري التصرف في المبيع، وكذلك تحديد الطرف الذي يتحمل فيه المصاريف والتكاليف القانونية المرتبطة بالشيء المبيع، كما تتم معرفة من يتحمل تبعات هلاك الشيء المبيع بعد البيع.

على أن انتقال الملكية في حد ذاته يفرض التدخل الايجابي من البائع لتنتقل ملكية الشيء المبيع من يد البائع إلى يد المشتري، سواء أكان منقولا أو عقارا؛ مما يعني أن هذا الانتقال تتداخل فيه شروط أخرى تشكل استثناء عن المبدأ العام، كأن يتأخر انتقال الملكية لوقت لاحق لإبرام العقد باتفاق المتعاقدين، وقد يتوقف الأمر على تطبيق شكليات قانونية معينة لا يكتمل العقد الا بوجودها. وهذا ما سنتطرق إليه من خلال التمييز بين الشيء المبيع إذا كان عقارا أو منقولا.

1- الفقرة الأولى: في البيوع العقارية

في هذه النوعية من البيوع ميز المشرع المغربي بين بيع العقار المحفظ وبيع العقار غير المحفظ:

أ- العقار المحفظ: لإتمام بيع عقار أو حق عقاري لابد من الالتزام بشكليات حددها المشرع في الفصل 489 من ق.ل.ع والذي نص فيه "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا، وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ. ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون"، وأكد عليها في المادة 4 من مدونة الحقوق العينية التي جاء فيها "يجب أن تحرر –تحت طائلة البطلان- جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض ما لم ينص قانون خاص على خلاف ذلك. يجب أن يتم توقيع العقد المحرر من طرف المحامي والتأشير على جميع صفحاته من الأطراف ومن الجهة التي حررته. تصحح إمضاءات الأطراف من لدن السلطات المحلية المختصة ويتم التعريف بإمضاء المحامي المحرر للعقد من لدن رئيس كتابة الضبط بالمحكمة الابتدائية التي يمارس بدائرتها".

فالفصل 489 ق.ل.ع والمادة 4 من مدونة الحقوق العينية يبينان بوضح أن المشرع خرج عن المبدأ السالف ذكره - أي أن بيع العقار أو الحقوق المرتبطة به لا يكفي فيها التراضي بين المتابعين- بل لابد من الشكليات المنصوص عليها سالفا. بذلك لا تنتقل ملكية العقار المحفظ والحقوق العينية الواردة عليه بمجرد ابرام عقد البيع، إلا بكتابة العقد في محرر ثابت التاريخ، مع ضرورة قيده في السجل العقاري. وعلى البائع أن يقوم بكل الاعمال والاجراءات التي تسهل ذلك، كأن يسلم كل الوثائق والمستندات الضرورية لاجراء التقييد كسند الملكية، وشهادة أداء الضرائب أو الاعفاء منها ... . على أن هذه الشكلية في حد ذاتها غير كافية في نقل ملكية كل أنواع العقارات، إذ الأمر يختلف بالنسبة للعقار غير المحفظ.



-بـ العقار غير المحفظ: لا تنتقل الملكية في هذه الحالة إلى المشتري إلا إذا تم البيع في محرر ثابت التاريخ (ف. 489 من ق.ل.ع وم.4 من م.ح.ع) سواء أكان محررا رسميا أو عرفيا ويكون لهذا البيع أثره بين المتعاقدين فقط أي نقل الملكية للمشتري، لكن لا يمكن الاحتجاج بهذا العقد في مواجهة الغير إلا إذا تم تسجيله وفقا ما يتطلبه القانون.

الفقرة 2: في بيوع المنقول:

تختلف طريقة انتقال ملكية المنقول محل عقد البيع بين أن يكون معينا بالذات أو بالنوع.

أ- انتقال ملكية المبيع المنقول المعين بالذات إلى المشتري: يتم ذلك فورا بمجرد ابرام عقد البيع ويمكن الاحتجاج بهذا العقد بين متعاقديه وفي مواجهة الغير أيضا، ذلك أن ما نقل الملكية الى المشتري هو عقد البيع المبرم وفق متطلبات القانون. ويتحول المنقول إلى ملكية المشتري وله حق التصرف فيه واستعماله واستغلاله كما يشاء، وهذا نفسه ما نص عليه الفصل 492 من ق.ل.ع، إذ إنه بمجرد تمام البيع، يسوغ للمشتري تفويت الشيء المبيع ببيع أو إكرائه ولو قبل حصول التسليم، ويسوغ للبائع أن يحيل حقه في الثمن على شخص آخر أو لأداء عملية تجارية أخرى، ولو قبل الوفاء. وذلك ما لم يتفق العاقدان على خلافه. ولا يعمل بهذا الحكم في بيوع المواد الغذائية المنعقدة بين المسلمين.

-ب- انتقال الملكية في المنقول المعين بالنوع: في هذا النوع من البيوع لا تنتقل الملكية للمشتري إلا إذا تم تحديد محل العقد بنوعه ومقداره وفرزه وتمييزه عن غيره بالعد أو الكيل أو القياس وتعيينه بما يفيد تخصيصه لمشتر معين، طبقا لما نص عليه المشرع المغربي بموجب الفصل 486 من ق.ل.ع والذي جاء فيه: "يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح، في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو المقياس والصنف، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصر".

- لكن ماذا لو هلك المبيع قبل أن تتم عملية الفرز؟: نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا هلك المبيع قبل تاريخ الفرز فالبائع يتحمل تبعة هلاك المبيع لأنه لازال مالكا له وإن وجد المبيع بيد المشتري، طبقا لما قرره المشرع المغربي بموجب الفصل 494 من ق.ل.ع " إذا وقع البيع بالقياس أو الكيل أو العد أو على شرط التجربة أو على شرط المذاق أو على أساس مجرد الوصف، فإن البائع يبقى متحملا بتبعة هلاك المبيع، مادام لم يجر قياسه أو كيله أو عده أو تجربته أو مذاقه أو فحصه ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجودا بالفعل في يد المشتري".

الحالة الثانية: إذا رفض البائع القيام بعملية الفرز أو تماطل فيها، يكون مخلا بالتزاماته التعاقدية التي تلزمه بنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري. ولهذا الأخير حق اجباره على التنفيذ العيني إذا كان تنفيذه ممكنا، وإلا يفسخ العقد مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض في الحالتين (ف.259 من ق.ل.ع).

وتجدر الاشارة إلى أن هناك منقولات ذات قيمة مالية ضخمة كالسفن والطائرات والمركبات الهوائية كالسيارات... بحيث قد تعادل أو تفوق قيمتها قيمة العقارات، لذا أفرزت لها التشريعات تنظيما خاصا لملكيتها أو لنقل ملكيتها إضافة الى الاجراءات القانونية التي تحفظ حقوق المشتري أو أية حقوق قد تترتب عن ذلك.

فالقانون يوجب قيدها في سجلات خاصة لتحديدها وتعيينها وتخضع الحقوق العينية عليها من حيث انشائها ونقلها وانقضائها، الى اجراءات تشبه الى حد كبير اجراءات تنظيم الملكية العقارية وقد نظم المشرع ملكية هذه المنقولات بموجب قانون التجارة البحري بالنسبة للسفن وقانون رقم 59.14 يتعلق باقتناء سفن الصيد ومباشرة بنائها وترميمها الصادر بتاريخ 27 أبريل 2016، وبموجب القانون رقم 13.40 يتعلق بمدونة الطيران، إضافة إلى أحكام قانون الالتزامات والعقود.

المطلب الثاني: التزام البائع بتسليم الشيء المبيع

يعتبر الالتزام بتسليم المبيع من أهم الالتزامات التي تقع على كاهل البائع تجاه المشتري، إذ لا يكفي انتقال الحق المبيع الى المشتري بل لابد من التسليم الفعلي له ليتمكن من حيازته واستعماله واستغلاله. وتجدر الاشارة الى أن المشرع المغربي في الفصل 499 من ق.ل.ع أوضح أن التسليم يتم "حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق" . فما المقصود بالتسليم وما هي صوره؟، وكيف يتم؟، وكيف يتم تحديد زمانه ومكانه؟، ونفقاته؟، وما هو الجزاء المترتب عن الاخلال بهذا الالتزام؟. هذا ما سنتطرق اليه من خلال ما يلي:

الفقرة 1: ماهية التسليم وصوره

1- **ماهية التسليم:** نعني به إعطاء الشيء والتخلي عنه، وقد حدد المشرع المغربي مفهوم التسليم حينما قرر بموجب الفصل 499 من ق.ل.ع أنه يتم حينما يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخيرحيازته بدون عائق. كما أوجب تسليم الشيء في الحالة التي يكون عليها عند البيع، طبقا لمقتضيات الفصل 512 من ق.ل.ع. وعلى البائع الامتناع عن أي تصرف من شأنه تغيير الشيء المبيع بعد أن تم إبرام عقد البيع. بذلك وفق الفصلين السالفي الذكر، التسليم هو وضع المبيع بين يدي المشتري وتحت تصرفه ليتمكن من الانتفاع به دون أي عائق يحول بين المشتري وبين انتفاعه بالشيء، ولو لم يحزه ماديا. بذلك يترتب على البائع أو نائبه حين التسليم الالتزام بـ:

-أ- الالتزام بتمكين المشتري من حيازة الشيء المبيع: كان المشرع واضحا حينما جعل التسليم هو تخلي البائع أو نائبه عن الشيء المبيع بوضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته بدون عائق (ف. 499 من ق.ل.ع). ويعني هذا تخلي البائع أو نائبه عن الحيازة المادية للشيء المبيع ورفع كل ما من شأنه التأثير على حق المشتري في حيازة الشيء المبيع سواء كانت عقبات مادية، كأن يوجد المبيع في مخزن مقفل عليه، فيكون على المشتري فتح ابواب المخزن ليتمكن المشتري من نقل المبيع؛ أو كانت عقبات قانونية كأن يكون المبيع في يد مكتر فيكون على البائع أن يحرره من عقد الكراء، باسترداده أو بإخلائه إذا كان عقارا.

-بـ- الالتزام بالمحافظة على الشيء المبيع: ينشأ هذا الالتزام بمجرد ابرام العقد وانتقال الملكية إلى المشتري، ويصبح الشيء المبيع بيد البائع كوديعة لصالح المشتري. وعلى البائع بذل العناية اللازمة كما لو كان يحافظ على أمواله الخاصة. كما عليه الامتناع عن أي شيء قد يغير من معالم الشيء المبيع كأن يتركه عرضة للمطر والحال أن الشيء المبيع يفسد بالمطر.

2- صور التسليم: تختلف صور التسليم حسبما كان الشيء المبيع عقارا أو منقولا أو حقا. وعموما فالتسليم إما مادي أو بطريقة قانونية أو حكمية أي أن يكون التسليم اعتباريا:



أ- التسليم المادي: هو التسليم الحقيقي الذي يتم من يد البائع الى يد المشتري بشكل مباشر، وتكون هذه الصورة من التسليم في البيوع الواقعة على المنقولات المحددة بالذات، وأيضا المنقولات المفرزة بنوعها وعددها (الفقرة 2 من الفصل 500 من ق.ل.ع). أما بالنسبة للعقارات، فالتسليم يكون رمزي بإفراغ وإخلاء المكان وتسليم مفاتيحه ووثائق ملكيته وكل مشتملاته ومتعلقاته (الفقرة 1 من الفصل 500 من ق.ل.ع). أما الشيء المعنوي كالحق الشخصي أو براءة اختراع، فالتسليم يكون بتسليم سند الحق أو شهادة براءة الاختراع.

ب- التسليم المعنوي: أو الاعتباري أو الافتراضي فيتم بصورة اعتبارية دون أن يصاحبها عمل مادي قد يوحي بالتسليم. وقد يكون التسليم المعنوي بحكم القانون أو بشكل اتفاقي. فهو تسليم قانوني إذا ما أشعر البائع المشتري بضرورة تسلم المبيع ولم يتسلمه، هنا قد يلجأ البائع إلى عرض المبيع عرضا حقيقيا لاجبار المشتري على تسلم هذا المبيع، ويتحمل المشتري في هذه الحالة تبعات هلاك المبيع لافتراض تسلمه للشيء المبيع ولو لم يقع فعليا. أما التسليم الاتفاقي فهو الذي يتم بين البائع والمشتري، كأن يكون المبيع قبل ابرام عقد البيع بحوزة المشتري فيتم التسليم بطريقة افتراضية.

الفقرة 2: طرق تنفيذ الالتزام بالتسليم ونفقاته

1- طرق تنفيذ التسليم: لا يقتصر التسليم على الشيء المبيع فقط بل أن البائع يلتزم بتسليم توابعه أيضا، وفقا ما يقتضيه الاتفاق أو يجري به العرف (الفقرة 1 من ف. 516 من ق.ل.ع). فإذا سكت طرفا العقد ولم يحددا بعض التفاصيل في عقد البيع، يتم الرجوع الى مقتضيات قانون الالتزامات والعقود (الفصول من 515 إلى 525). وتطبيقا للفصل 516 من ق.ل.ع الالتزام بتسليم الشيء يشمل أيضا توابعه، وفقا لما يقضي به اتفاق الطرفين أو يجري به العرف، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف اتبعت القواعد الواردة فيما يلي:

- بيع الأرض يشمل ما يوجد فيها من مباني وأشجار، كما يشمل المزروعات التي لما تنبت، والثمار التي لما تعقد. ولا يشمل البيع الثمار المعقودة، ولا المحصولات المعلقة بالأغصان أو الجذور ولا النباتات المغروسة في الأوعية، ولا تلك المعدة لقلعها وإعادة غرسها، ولا الأشجار اليابسة التي لا ينتفع بها إلا خشبا، ولا الأشياء المدفونة بفعل الإنسان والتي لا يرجع عهدها إلى قديم الزمان.
- بيع البناء يشمل الأرض التي أقيم عليها، كما يشمل ملحقاته المتصلة به اتصال قرار كالأبواب والنوافذ والمفاتيح التي تعتبر جزءا متمما للأقفال. ويشمل كذلك الأرحية والأدراج والخزائن المثبتة فيه، وأنابيب المياه والمواقد المثبتة بجدرانه. ولا يشمل بيع البناء الأشياء غير الثابتة التي يمكن إزالتها بلا ضرر، ولا مواد البناء المجمعة لإجراء الإصلاحات ولا تلك التي فصلت عنه بقصد استبدال غيرها بها. كما يشمل بيع العقار كذلك الخرائط وتقدير المصروفات، والحجج والوثائق المتعلقة بملكيته، وإذا تعلقت حجج الملكية بالمبيع وبغيره من الأشياء التي لا تدخل في البيع، لا يكون البائع ملتزما إلا بأن يسلم نسخة رسمية للجزء المتعلق منها بالعين المبيعة.
- خلايا النحل وبروج الحمام غير الثابتة لا تعتبر جزءا من العين المبيعة.
- البستان والأراضي الأخرى، سواء كانت مغروسة أم لا، الموجودة خارج الدار لا تعتبر من توابعها، ولو كانت متصلة بها بباب داخلي إلا إذا كان البستان أو الأراضي بالنسبة إلى البناء، من الصغر جدا بحيث يجب اعتبارها من توابعه، أو إذا تبين من تخصيص المالك أن البستان أو الأراضي كانت معتبرة من توابع الدار.

- إذا تعلق البيع بالأشياء التي تتجدد بعد قطعها أو جني غلتها كالدَّرَق والفِصَّة وكان واردا على قِطْفَة أو جَذَّة منها، فإنه لا يشمل خلفها. ويشمل بيع الخضر والأزهار والفاكهة ما وجد منها معلقا بأصله، وكذلك ما ينضج منها أو ينفتح بعد البيع إذا كان يعتبر من التوابع لا من الخلف.

- بيع الحيوان يشمل صغيره الذي يرضعه، كما يشمل الصوف أو الوبر أو الشعر المتهيئ للجز.

- بيع الأشجار، يشمل الأرض القائمة عليها وثمارها التي لم تعقد. أما الثمار المعقودة فهي للبائع، ما لم يشترط غير ذلك.

- النقود والأشياء الثمينة الموجودة داخل شيء منقول لا تعتبر داخلة في البيع الذي يرد عليه، ما لم يشترط غير ذلك.

- ثمار الشيء وزوائده، سواء كانت مدنية أم طبيعية، تعود للمشتري ابتداء من وقت تمام البيع. ويجب أيضا تسليمها إليه، ما لم يقض الاتفاق بخلافه.

إذن، كانت هذه مجموعة من الأحكام التي أوردها المشرع والتي تطبق في حالة عدم اتفاق المتعاقدين على ما يخالفها، وعدم وجود أعراف تنظمها. أما إذا كان هناك عرف أو اتفاق فإنه يطبق بالأسبقية على هذه القواعد.

2- مصاريف تسليم الشيء المبيع: نظمها المشرع المغربي بموجب الفصول من 509 إلى 511 من ق.ل.ع.، وميز بين مصاريف التسليم ومصاريف التسلم:

أ- بالنسبة لمصروفات تسليم الشيء الذي يقتضي القياس، أو الوزن، أو العد، أو الكيل، أو كان المبيع حقا معنويا، فتقع على عاتق البائع، ما لم تقض العادات المحلية أو اتفاقات الطرفين بخلافه (الفصل 509 ق.ل.ع.). ونفسه الأمر بالنسبة للبيوع التي تتم بواسطة السماسرة، (الفصل 510 ق.ل.ع).

بـ- أما مصروفات رفع الشيء المبيع وتسلمه فقد جعلها الفصل 511 من ق.ل.ع على عاتق المشتري، وكذلك الأمر بالنسبة لمصروفات أداء الثمن وتلك التي يقتضيها الصرف، والتوثيق، والتسجيل، ومصروفات التنمبر اللازمة لرسم الشراء، أيضا مصروفات التغليف والشحن والنقل. واضافة إلى ما سبق، تشمل مصروفات التسلم رسوم حق المرور (الترانزيت)، والمكوس، والضرائب الجمركية التي تجبى عند انتقال الشيء ووصوله.

وتجدر الإشارة، إلى أن هذه الأحكام التي أوردها المشرع في قانون الالتزامات والعقود، هي أحكام مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها وفقا لما يخدم مصلحة الطرفين، ولا تطبق في حال وجود قواعد عرفية يجري العمل بها بين التجار. كما يلاحظ أن مصاريف التسليم والتسلم، أصبحت تدخل في إطار المبادرات الرامية إلى التشجيع على التسويق، بدءا بالمنتج ومرورا بالوسيط ووصولا إلى المستهلك، حيث أصبح غالبية المنتجين يحرصون على تحمل مصاريف التسليم والتسلم عن طريق إيصال السلع لمحل التاجر.

- لكن ماذا لو تعرض الشيء المبيع حين التسليم للهلاك أو التعيب؟.

نجد الجواب في مقتضيات الفصل 513 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه إذا كان المبيع شيئا معينا وهلك أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطإه، كان للمشتري الحق في أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص في قيمته، على نحو ما كان يمكن أن يفعله ضد أي شخص، مع حفظ حق المشتري في تعويض أكبر، إذا كان لهذا التعويض محل. أما إذا هلك الشيء المبيع أو تعيب قبل التسليم، بفعل المشتري أو بخطإه، وجب على هذا الأخير تسلمه في الحالة التي هو عليها، ودفع الثمن كاملا حسب ما يقضي به الفصل 514 من ق.ل.ع.

الفقرة 3: زمان ومكان تسليم الشيء المبيع

سنميز في إطار معالجة هذه الفقرة بين الأحكام المتعلقة بمكان التسليم (**أولا**)، ثم الأحكام المتعلقة بزمان التسليم (**ثانيا**).

1- الأحكام المتعلقة بمكان التسليم

تعرض المشرع إلى الأحكام المتعلقة بمكان تسليم الشيء المبيع في الفصل 502 من ق.ل.ع، الذي ينص على أنه "يجب أن يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء موجودا فيه عند البيع، ما لم يتفق على غير ذلك. إذا ذكر في عقد البيع أن الشيء موجود في مكان آخر غير الذي كان موجودا فيه حقيقة، وجب على البائع نقله إلى المكان المبين في العقد إذا طلب المشتري ذلك". فالقاعدة إذن أن مكان التسليم هو المكان الذي كان المبيع موجودا فيه عند إبرام عقد البيع، وإذا تبين أن المبيع كان موجودا بمكان غير الذي ذكر في العقد، ألزم البائع بنقله إلى المكان المذكور في العقد، ما لم يتنازل المشتري عن طلب ذلك. غير أن هذا لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على أن يكون مكان التسليم في غير ما ذكر، وفقا لما يخدم مصلحتهما.

وتثار مسألة تحديد مكان التسليم بحدة في البيوع التجارية الكبرى التي تترتب عنها مصاريف كبيرة في نقل المبيع، كما هو الحال مثلا في عقود التجارة الدولية، والتي تطبق عليها مبدئيا الأحكام الواردة في الفصل 503 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "إذا لزم نقل المبيع من مكان إلى مكان آخر، فإن تسليمه لا يتم إلا في وقت وصوله إلى المشتري أو إلى نائبه"، حيث تتوافق أحكام هذا الفصل مع اتفاقية فيينا بشأن عقود البيع الدولية للبضائع المؤرخة في 980/04/11، والتي اعتبرت أن الأصل في هذا النوع من البيوع هو تسليمها إلى المشتري إذا تضمن عقد البيع نقل هذه البضائع، أما إذا لم يتضمن العقد ذلك فإنه يتعين تسليمها للمشتري في المكان الذي توجد فيه هذه البضاعة كالمخزن أو المصنع مثلا.

ثانيا : الأحكام المتعلقة بزمان التسليم

بالرجوع إلى قانون الالتزامات والعقود، نجد أن القاعدة العامة التي أقرها المشرع بخصوص زمان التسليم، هي الفورية بموجب الفصل 504 منه، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن. فالمبدأ إذن، أن يتم تسليم الشيء المبيع فور إبرام العقد، والاستثناء هو أن يحدد زمن آخر للتسليم، إما بموجب الاتفاق بين طرفي العقد، أو لأن طبيعة الشيء المبيع أو العرف يفرضان على البائع التقيد بزمان معين غير زمان إبرام العقد، كمثلا تسليم المبيع في بيع السلم لا يكون فور إبرام العقد وإنما خلال الأجل المتفق عليه بين الطرفين. وحسب نفس الفصل فإنه لا يجبر البائع الذي لم يعط المشتري أجلا للوفاء بالثمن على تسليم المبيع، إذا لم يعرض المشتري دفع ثمنه في مقابل تسلمه. فزمن التسليم إذن يتحدد من حيث المبدأ في تاريخ إبرام العقد، حيث يجب أن يتلو التسليم إبرام العقد فورا، وذلك ما لم تتجه إرادة المتعاقدين إلى تحديد تاريخ آخر للتسليم، أو تكون طبيعة المبيع أو العرف المتبع يفرضان غير ذلك.

الفقرة الرابعة: جزاء الاخلال بالتسليم

إذا لم يتم التسليم وفق ما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين، كأن يرفض البائع التسليم بشكل كلي أو جزئي أو يسلم مبيعا غير مطابقا لمواصفات المبيع المتفق عليه، أو أن يتأخر التسليم في التاريخ المحدد في العقد، هنا يكون البائع مخلا بالتزاماته التعاقدية، ويحق للمشتري المطالبة بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا، أو المطالبة بالتنفيذ لكن بتعويضه، كما له أن يطلب فسخ العقد.

-أ- المطالبة بالتنفيذ العيني: ويقصد به اجبار المشتري للبائع على الوفاء بما التزم به بموجب العقد دون تجزئة حتى تبرأ ذمته، طبقا للفصل 259 من ق.ل.ع الذي أعطى للدائن الحق في إجبار المدين في حالة المطل على تنفيذ الالتزام، ما دام تنفيذه ممكنا ولو مجزئا في الجزء الذي لازال ممكنا تنفيذه. لكن، إذا لم يكن ممكنا جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله حق المطالبة بالتعويض في الحالتين.

-بـ- المطالبة بالتنفيذ بمقابل: ومفاده إجبار البائع على التنفيذ عن طريق تعويض المشتري، وهو إما تعويض اتفاقي أو تعويض قضائي. فالتعويض الاتفاقي أو ما يصطلح عليه بالشرط الجزائي، هو غرامة تعاقدية يتفق عليها البائع والمشتري حين إبرام العقد، كتعويض عن الأضرار التي تلحق الدائن جراء عدم الوفاء بما تم الاتفاق عليه. وفي هذه الحالة، يستحق المشتري المقدار المتفق عليه كتعويض دونما حاجة إلى اللجوء الى المحكمة. بينما في التعويض القضائي، فالقاضي هو من يحكم بالتعويض ويراعي فيه مدى ما لحق بالمشتري من ضرر وخسارة حقيقية، جراء عدم تنفيذ البائع لالتزامه.

- جـ- فسخ عقد البيع: هو جزاء يؤدي إلى وضع حد للعلاقة التعاقدية حينما لا ينفذ أحد المتعاقدين لالتزامه، ويمكن للمشتري مطالبة البائع بفسخ العقد سواء اتفاقيا، أو قضائيا، أو قانونيا. ويقصد بالفسخ الاتفاقي اتفاق المتعاقدين على اعتبار البيع مفسوخا تلقائيا وبقوة القانون بمجرد أن يخل أحدهما بالتزاماته التعاقدية، وهذا ما كرسه المشرع بموجب الفصل 260 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه "إذا اتفق المتعاقدان على أن العقد ينفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

بينما الفسخ القانوني أو ما يصطلح عليه بالانفساخ، فيقع حينما يصبح تنفيذ الالتزام بتسليم المبيع مستحيلا لسبب أجنبي لا دخل له فيه، وينفسخ العقد في هذه الحالة دون اللجوء الى القضاء. بذلك لا يحق للدائن المطالبة بالتعويض لانتفاء الخطأ في جانب المدين إذ انقضى التزامه بقوة قاهرة، تطبيقا لمقتضيات الفصل 268 من ق.ل.ع الذي ينص على ما يلي: "لا محل لأي تعويض إذا أثبت المدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه ناشئ عن سبب لا يمكن أن يعزى إليه، كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو مطل الدائن".

المبحث الثاني: التزام البائع بضمان الشيء المبيع

إن التزامات البائع لا تنتهي بمجرد ابرام عقد البيع أو نقل ملكية الشيء المبيع وتسليمه، بل تمتد الى التزامات أخرى ليستعمله المشتري ويستغله ويستفيد منه كما يريد، وفقا لما أعد له هذا الشيء بطبيعته أو بمقتضى الاتفاق. فبموجب الفصل 532 من ق.ل.ع الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل: حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)، وأيضا ضمان عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب الخفي). وتجدر الاشارة الى أن الضمان يلزم البائع بقوة القانون وإن لم يشترط، وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان. ويقتضي التزام البائع بالضمان، أن يمتنع عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع (الفصل 533 من ق.ل.ع).

بذلك سنتطرق إلى هذا الالتزام، من خلال الحديث عن: ضمان التعرض والاستحقاق (**المطلب الأول**)، ثم ضمان عيوب الشيء المبيع (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: ضمان التعرض والاستحقاق

أوضح المشرع المغربي بموجب الفصل 533 من ق.ل.ع أن "الالتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي الى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع". كما أوجب المشرع أيضا في الفصل 534 من ق.ل.ع أن يلتزم البائع بقوة القانون بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده بمقتضى حق كان موجودا عند البيع. كما – وبمقتضى نفس الفصل- يكون الاستحقاق "... واقعا ضد المشتري في الحالات التالية:

1- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه؛

2- إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه؛

3- إذا اضطر المشتري لتحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع".

فمن خلال هذين النصين، يتضح أن على البائع الامتناع عن أي عمل من شأنه التشويش على المشتري ومنعه من الانتفاع بالشيء المبيع وهذا ما يسمى "ضمان التعرض". كما يعني وقف كل تعرض لحق المشتري من قبل الغير ومؤازرة المشتري حيال هذا الغير إذا ما ادعى حقا على الشيء المبيع. فإذا ما امتنع البائع عن مؤازرة المشتري أو عجز عن دفع تعرض الغير وثبت حق هذا الغير على المبيع اعتبر البائع عندئذ ناكلا عن تنفيذ التزامه ووجب عليه التعويض سواء استحق المبيع من يده الى الغير استحقاقا كليا أو جزئيا، وهذا ما يسمى "ضمان الاستحقاق". لذا، سوف نميز في إطار معالجة أحكام ضمان التعرض والاستحقاق من خلال التمييز بينهما (**الفقرة 1**)، ثم تحديد الآثار المترتبة عنهما (**الفقرة الثانية**).

الفقرة 1 : معنى ضمان التعرض والاستحقاق

أ- ضمان التعرض: يقصد بالتعرض لحق المشتري على المبيع منعه من الانتفاع من الشيء المشترى انتفاعا عليا أو الادعاء بحق عليه يتعارض مع الحق المنتقل إلى المشتري بموجب عقد البيع. فكل عمل مادي أو قانوني يصدر من البائع ويحول دون حيازة المشتري للمبيع حيازة هادئة ودون الانتفاع به بحسب الغرض المعد له، سمي التعرض عندئذ بالتعرض المادي. أما إذا التعرض في شكل ادعاء بحق يتعارض مع الحق المنتقل للمشتري على الشيء المبيع بموجب عقد البيع، سمي التعرض عندئذ بالتعرض القانوني.

فحسب الفصل 533 من ق.ل.ع "الالتزام بالضمان يقتضي من البائع الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع". مما يعني أن على البائع الكف عن كل فعل أو تصرف يرمي إلى التشويش على المشتري، أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها عند شرائه للمبيع، ولو تمثل هذا الفعل في مجرد التشويش على المشتري، سواء تم ذلك من قبل البائع أو من قبل الغير.

فإذا كان التعرض من قبل البائع، فإنه يعتبر ضامنا له ومسؤولا عنه، ومن حق المشتري مطالبته بالكف عن ذلك التشويش بشكل رضائي وإلا عن طريق القضاء، مع طلب التعويض إن كان له محل. ويجب أن يكون التعرض قد وقع فعلا، ولا يكفي مجرد احتمال وقوعه. ويتخذ التعرض الحاصل من البائع أحد الصورتين: إما مادي، أو قانوني.

بذلك التعرض المادي هو كل فعل يأتيه البائع، ويكون من شأنه منع المشتري من الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا، دون أن يستند إلى حق يدعيه على المبيع، كقيام شخص ببيع أصل تجاري ثم يقدم على فتح محل مجاور له لممارسة نفس النشاط واستقطاب الزبناء الذين كان يتعامل معهم في المحل المبيع. فالالتزام بالضمان في مثل هذه الحالة يوجب على البائع الامتناع عن فتح المحل لأن في ذلك منافسة غير مشروعة، وتعرض على جلب المنفعة المتوخاة من شراء الأصل التجاري ونسف لأحد أهم عناصره ألا وهو عنصر الزبناء. أما إذا تعرض البائع للمشتري بعمل من أعمال التعدي أو العنف، فإنه يكون مسؤولا عن عمله كأي شخص آخر ارتكب عملا غير مشروع، لا كبائع ملتزم بضمان عدم التعرض.

أما **التعرض القانوني** فهو التعرض الذي يستند فيه البائع إلى حق على المبيع يترتب عليه حرمان المشتري من كل أو بعض مزايا الشيء المبيع. كأن يبيع البائع عقارا للمشتري فيتراخى هذا الأخير في القيام بإجراءات التسجيل والتحفيظ التي يترتب عليها انتقال الملكية، ثم يقوم البائع خلال هذه المدة برفع دعوى الاستحقاق على هذا المشتري باعتباره لا يزال مالكا للعقار. ففي هذه الحالة، يستطيع المشتري أن يدفع دعوى الاستحقاق بضمان البائع لتعرضه، إذ لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان.

أما **التعرض الصادر عن الغير**، فهو الصادر عن كل شخص أجنبي عن العقد يدعي حقا على الشيء ويرفع به دعوى على المشتري. ويقوم هذا الضمان على دفع تعرض الغير الذي يستند على حق يدعيه ويكون ثابتا له وقت البيعـ أو انتقل إليه بعد البيع من طرف البائع نفسه، وبالتالي يلتزم هذا الأخير بدفع تعرض الغير. ذلك أن التزام البائع بضمان التعرض لا يقتصر فقط على أفعاله الشخصية، بل أيضا أفعال الغير والتي تمثل تعرضا للمشتري في حيازته. ولا يلتزم البائع بأن يدفع تعرض الغير إلا إذا كان ذلك التعرض قانونيا، وذلك على خلاف ضمان التعرض الشخصي حيث يلزم البائع بالامتناع عن تعرضه الشخصي سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا.

وفي جميع الأحوال لا يضمن البائع تعرض الغير إلا إذا كان سببه مرتبطا بفترة ما قبل التعاقد ويستند إلى حق يثبته القانون، كما في حالة بيع عقار مثقل برهن رسمي لمصلحة الدائن، حيث يلزم البائع في هذه الحالة بضمان عدم التعرض للمشتري وتحمل مسؤوليته تجاه المتعرض.

بـــ ضمان الاستحقاق: هو أن يضمن البائع للمشتري انتقال حقه إليه على الشيء المبيع كاملا غير منتقص، وخاليا من كل حق يدعيه البائع لنفسه في المستقبل أو حق يدعيه الغير على الشيء المبيع، سواء أكان هذا الادعاء بالحق قد ورد واستحق بشكل جزئي أو كلي. فبموجب الفصل 534 من ق.ل.ع يلتزم البائع بقوة القانون بأن يضمن للمشتري، في الحالات الآتية:

- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه؛
- إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه؛
- إذا اضطر المشتري لتحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع.

ومثال ذلك، أن يدعي شخص ملكية الشيء المبيع بعقد بيع سابق، أو ميراث أو غيره، أو أن يكون المبيع مثقلا بحقوق ارتفاق غير ظاهرة، أو حقوق عينية لم يصرح بها البائع عند العقد. وتجدر الإشارة إلى أن ضمان الاستحقاق على نوعين: إما استحقاق كلي أو استحقاق جزئي:

- **فالاستحقاق الكلي**، هو الذي يترتب عنه استحقاق المبيع كله من يد المشتري، وفي هذا الإطار نص الفصل 538 من ق.ل.ع على أنه إذا استحق المبيع كله من يد المشتري، من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد الثمن الذي دفعه ومصروفات العقد التي أنفقت على وجه سليم، والمصروفات القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان، والخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق.

- **أما الاستحقاق الجزئي**، هو الذي ينصب على جزء من المبيع ويتم التمييز فيه بين حالتين:

1- أن يبلغ الاستحقاق حدا من الأهمية بحيث لو علم به المشتري لامتنع عن الشراء أصلا. فالمشتري في هذه الحالة يكون مخيرا بين فسخ البيع واسترداد كل الثمن، وبين الاحتفاظ بالشيء المبيع، في حدود الجزء غير المستحق مع المطالبة باسترداد جزء من الثمن يوازي حجم هذا الاستحقاق.

2- أن لا يبلغ الاستحقاق الجزئي القدر الكافي لتبرير الفسخ، حيث ينحصر هنا حق المشتري في طلب استرداد جزء من الثمن، يوازي نسبة العجز أو الاستحقاق الذي لحق به.

وحسب الفصل 535 من ق.ل.ع فإن استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء من الأهمية حدا ما كان المشتري ليشتري ذلك الشيء بدون ذلك الجزء. ويسري نفس الحكم إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة، أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع. فقد يحصل في بعض الحالات أن يقع الاستحقاق على جزء يسير من المبيع، لكن يكون لذلك الجزء أهمية كبرى بالنسبة للمشتري ويكون هو الدافع للشراء، كمن يشتري مثلا بقعة أرضية مساحتها عشرون هكتارا تتوفر على واجهة على الطريق الرئيسية مساحتها 5000 متر مربع، فيقع استحقاق جزئي على مساحة هذه الواجهة. ففي هذه الحالة يكون الاستحقاق من حيث آثاره كما لو كان كليا، لأن العبرة ليست فقط بالمساحة ولكن بخصائص الجزء الذي وقع استحقاقه وأهميته بالنسبة للمشتري.

وتبعا لذلك، ففي حالة الاستحقاق الجزئي الذي يبلغ قدرا من الأهمية يؤدي إلى تعييب الشيء المبيع، بحيث إن المشتري كان سيمتنع عن الشراء لو علم به. ويثبت للمشتري الخيار بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع واسترداد كل الثمن. وإذا لم يبلغ الاستحقاق الجزئي من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع، لم يثبت للمشتري إلا الحق في إنقاص الثمن بقدر ما استحق من يده.

2- الآثار المترتبة عن ضمان التعرض والاستحقاق

وضع المشرع المغربي الاثار القانونية المترتبة على ضمان التعرض والاستحقاق على عاتق البائع، بموجب عقد البيع في الفصول من 538 إلى الفصل 543 من ق.ل.ع. وتتلخص هذه الآثار بالتمييز بين استحقاق المبيع كليا وبين استحقاقه جزئيا من قبل الغير:

1- في حالة استحقاق المبيع استحقاقا كليا: قرر المشرع المغربي فسخ عقد البيع وأعطى للمشتري حق استرداد الثمن وكل مصروفات العقد والمصروفات القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان إضافة إلى كل الخسائر المترتبة عن الاستحقاق (الفصل 538 من ق.ل.ع). أما إذا كان البائع سيء النية التزم عندئذ أن يدفع للمشتري حسن النية كل المصروفات كمصروفات الزينة أو الترف (الفصل 540 من ق.ل.ع). وإذا ما ارتفعت قيمة الشيء المبيع عند حصول الاستحقاق فإن هذه الزيادة تدخل في نطاق التعويض على المشتري، إذا ما كان البائع سيء النية وكان سوء نيته مبني على التدليس.

2- في حالة الاستحقاق الجزئي: ميز المشرع المغربي بين حالتين: الأولى كون الاستحقاق بالغ الأهمية بالنسبة للمشتري، والحالة الثانية كون الاستحقاق قليل الأهمية بحيث لا تأثير له على حق المشتري في الانتفاع به (الفصل 542 من ق.ل.ع).

- **الحالة الأولى:** الحالة التي يكون فيها الاستحقاق الجزئي بالغ الأهمية بحيث كان سيمتنع المشتري عن شراء المبيع، لو كان يعلم بهذا الاستحقاق عند البيع. وهنا أعطى المشرع المغربي للمشتري حق الخيار بين استرداد الثمن في الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالشيء المبيع وفقا لحقه المتبقي عليه، وبين أن يفسخ البيع ويسترد الثمن بكامله غير منقوص.

- **الحالة الثانية:** إذا بلغ الاستحقاق الجزئي حدا من الأهمية كافيا لتبرير فسخ العقد، فإنه لا يحق للمشتري فسخ العقد بل فقط إنقاص الثمن ورد مقابل ما انتقص من حقه.

إضافة إلى ما سبق، قرر المشرع المغربي أثرين آخرين لاستحقاق المبيع:

-1- أن يكون للمشتري الحق في استرداد الثمن وإن هلك الشيء المبيع الذي حصل استحقاقه أو نقصت قيمته كلا أو بعضا، ولو كان هذا الهلاك بفعل المشتري أو بخطئه أو نتيجة قوة قاهرة (الفصل 539 من ق.ل.ع).

-2- فيما يتعلق ببيع الشيء المنقول والذي يباع جملة وبثمن واحد، قرر المشرع المغربي ما يلي: "إذا ورد البيع على عدة أشياء منقولة وحصل شراؤها كلها جملة واحدة وبثمن واحد، ثم استحق بعضها، كان للمشتري الخيار بين أن يفسخ العقد ويسترد الثمن، وبين أن يطلب إنقاص الثمن بقدر ما استحق". باستثناء ما "إذا كان من طبيعة الأشياء المبيعة عدم إمكان إجراء الفصل بينها بغير ضرر" ففي هذه الحالة "لا يكون للمشتري أن يفسخ البيع إلا بالنسبة إلى الكل" (الفصل 543 من ق.ل.ع).

لكن هل يعفى البائع من الضمان؟؟. للجواب عن هذا السؤال نميز بين ما يلي:

- يعفى البائع من الضمان ولا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر:

1 - إذا بني الاستحقاق على فعل شخصي للبائع نفسه؛

2 - إذا وقع تدليس من البائع، كما إذا باع ملك الغير على علم منه وكما إذا كان يعرف سبب الاستحقاق، ولم يصرح به.

وفي هاتين الحالتين الأخيرتين، يلتزم البائع أيضا بالتعويض، كما يلتزم برد الثمن أو بتحمل إنقاصه، ولو كان المشتري عالما باحتمال الاستحقاق أو بوجود حقوق تثقل المبيع.

3- يعفى البائع من الضمان بصفة نهائية حسب الفصل 546 من ق.ل.ع، في الحالات التالية:

أ - إذا وقع انتزاع المبيع بالإكراه أو نتيجة قوة قاهرة؛

ب - إذا حصل الانتزاع بفعل السلطة، ما لم يكن فعلها مبني على حق سابق ثابت لها يخولها العمل على احترامه، أو على فعل يعزى للبائع؛

ج - إذا حصلت للمشتري عرقلة في التصرف، نتيجة تعد من الغير، بدون أن يدعي أي حق على العين المبيعة.

د- إذا حصل الاستحقاق بغش المشتري أو بخطئه، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع للحكم الذي قضى بالاستحقاق.

وفي جميع الأحوال لا يفقد المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع، إذا كان لم يتمكن، من إخطاره في الوقت المناسب، واضطر نتيجة لذلك أن يدافع عن نفسه لوحده ضد المستحق. كما أنه قد لا يقع استحقاق للمبيع، لكن قد يظهر به عيب من العيوب تجعله غير صالح للاستعمال فيما أعد له، مما يجعل ضمان البائع يمتد أيضا لضمان هذه العيوب.

المطلب الثاني: ضمان عيوب المبيع

لا يعتبر البائع موفيا بالتزامه بتسليم الشيء المبيع ما لم يكن خاليا من أي عيب من شأنه الانتقاص من قيمته أو الانتفاع به، وما لم تتوافر في الشيء المبيع كل الصفات والشروط التي حددها المشتري فيه بموجب العقد، فلا يمكن شراء شيء لا ينتفع به أو به عيب. بذلك حدد الفصل 549 من ق.ل.ع العيوب التي يضمنها البائع بأنها " ... عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد ...".

وتبعا لذلك فالعيوب التي يلزم البائع بضمانها هي تلك التي تنقص من قيمة الشيء نقصا محسوسا أو تجعله غير صالح للاستعمال. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، أو تلك التي جرى العرف على التسامح فيها فلا تخول الضمان، كما يضمن البائع وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري (الفقرة 2 من الفصل 549 ق.ل.ع).

ولضمان عيوب الشيء المبيع، يلاحظ أن المشرع المغربي لم يلزم البائع بهذا الضمان ما لم تتوفر بعض الشروط في هذه العيوب، وهي: أن يكون العيب خفيا لا ظاهرا، وأن يكون جسيما ومؤثرا لا يسيرا، وأن يكون مقارنا للبيع أو لتسليم المبيع لا لاحقا لهما، وأن يكون العيب قديما لا طارئا، ثم أن لا يكون البيع قد تم بوساطة القضاء. وسنتطرق لهذه الأحكام بالتطرق لشروط العيب الموجب للضمان (**الفقرة الأولى**)، ثم بعدها سنقف على الآثار القانونية لضمان العيب الخفي (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: شروط ضمان عيوب المبيع

يشترط في العيب الموجب للضمان أن يكون: عيبا خفيا **(1)**؛ ومؤثرا **(2)**؛ وقديما **(3)**؛ وأن لا يكون البيع قد تم بواسطة القضاء **(4)**.

1- أن يكون العيب خفيا: أي غير ظاهر ويمكن اكتشافه بالعين المجردة، وهذا ما كرسه المشرع المغربي بموجب الفصل 569 من ق.ل.ع الذي نص على أنه "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها". ويترتب عن ذلك القول بأن البائع لا يضمن سوى العيب الخفي أما العيب الظاهر الذي يستطيع المشتري معرفته بسهولة وقت البيع فلا يدخل في الضمان. ويعتمد هنا معيار الرجل العادي المتنبّه للأمور.

والعيب الخفي الذي يدخل في دائرة الضمان، هو الذي يكون في المبيع ذاته أو في أحد ملحقاته، كتسرب مياه الأمطار داخل المبنى المُباع في أيام الشتاء مثلاً. وهناك من العيوب الخفية ما لا يمكن اكتشافها إلا عن طريق أهل الخبرة في المجال، ويترتب عن ذلك أن أجل التقادم المنصوص عليه في الفصل 380 من ق.ل.ع لا يحتسب سريانه إلا ابتداء من تاريخ الإعلان عن نتائج الخبرة والاطلاع عليها من طرف المشتري وعلمه بالعيب ومداه بصفة يقينية (قرار محكمة النقض عدد 15 بتاريخ 2013/01/05 في الملف رقم 2011/7/1/479).

2- أن يكون العيب مؤثرا: أي من شأنه أن يُنقص من قيمة المبيع نقصاً محسوساً (في قيمته)، أو يجعله غير صالح للاستعمال فيما أُعدّ له بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق، وأن يصل هذا التأثير حدا من الجسامة بحيث لو علم به المشتري لما أقدم على الشراء كمثلا وجود تشقق في جدران المنزل المشترى.

لكن، إذا لم يكن العيب محسوساً، بل خفيفاً أو طفيفاً، بحيث لا يترتب عليه سوى نقص في بعض الأمور الثانوية أو الكمالية بالنسبة للمشتري، فلا يكون موجباً للضمان. كذلك لا يكون موجباً للضمان العيب المتسامح به عُرفاً، كاحتواء القمح كمية مألوفة من الأتربة إلخ. وإذا كان المبيع من الأشياء التي لا تُعرف حقيقة حالها إلاّ بإحداث تغيير فيها، كالثمار ذات الغلاف اليابس (مثلاً البطيخ واللوز والجوز والبندق...)، فالبائع لا يضمن العيوب الخفيّة فيها إلا إذا تعهد بذلك صراحة، أو إذا كان العرف المحلّي يوجب عليه هذا الضمان.

3- أن يكون العيب قديما: بمقتضى هذا الشرط "لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئا معينا بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا مثليا بيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف" (الفصل 552 من ق.ل.ع). لكن، إذا كان العيب ممّا لا يظهر إلا بعد انعقاد البيع وانتقال الملكية وكان موجودا في الشيء قبل البيع، فالضمان يكون واجباً على البائع، كأن يشتري شخص حيوانا به مرض خفي ولكن لا تظهر أعراضه إلا بعد مدة من تسلمه، ويتمكّن من إثبات وجوده في الحيوان قبل استلامه.

4- أن لا يكون البيع قد تم بواسطة القضاء: لا تخضع البيوع القضائية لضمان عيوب الشيء المبيع كما في البيوع العادية، لاستثناء المشرع المغربي لها بموجب الفصل 575 من ق.ل.ع. والسبب في ذاك أن البيوع القضائية تتطلب إجراءات قد تطول لانجاز البيع وتتيح للمشتري المدة الكافية لفحص المبيع والاطلاع على عيوبه.

الفقرة الثانية: الآثار المترتبة على ضمان عيوب المبيع

نظم المشرع المغربي هذه الآثار بموجب الفصول من 556 إلى 567 من ق.ل.ع. وهي تبين أن التزام البائع بضمان العيب الخفي يمنح المشتري حق فسخ عقد البيع ورد الثمن (**أولا**)، أو استمرار العقد مع إنقاص الثمن (**ثانيا**)، كما أنه هناك حالات تستوجب قيام الحق في التعويض (**ثالثا**)، وحالات أخرى تستوجب سقوط دعوى الضمان أو انقضاؤها (**رابعا**).

أولا: يحق للمشتري فسخ عقد البيع ورد الثمن حسب الفصل 556 من ق.ل.ع، إذا ثبت التزام البائع بالضمان بسبب العيب أو بسبب خلو المبيع من صفات معينة بموجب العقد. أما إذا فضل المشتري الاحتفاظ بالمبيع، لم يكن له الحق في انقاص من الثمن بل فقط المطالبة بتعويض تقدره المحكمة في الحالات المنصوص عليها في الفصل 556 من ق.ل.ع. وهي كما يلي:

- إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع أو يعلم خلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بغير ضمان، هذا مع الاخذ بعين الاعتبار أن علم البائع يفترض دائما، إذا كان تاجرا أو صانعا، أو باع منتجات الحرفة التي يباشرها؛

- إذا صرح البائع بعدم وجود العيوب في المبيع، ما لم تكن العيوب قد ظهرت بعد البيع أو كان البائع يجهلها عن حسن نية عند البيع؛

- إذا كانت الصفات التي ثبت خلو المبيع منها قد اشترط وجودها صراحة عند البيع، أو كان عرف التجارة يقتضيها.

وتجدر الإشارة، إلى أنه إذا بيعت عدة أشياء مختلفة صفقة واحدة بثمن إجمالي واحد، كان للمشتري - ولو بعد التسليم - أن يطلب فسخ البيع بالنسبة إلى الجزء المتعيب وحده من هذه الأشياء ورد ما يقابله من الثمن. إلا أنه إذا كانت الأشياء المبيعة مما لا يمكن تجزئتها بغير ضرر كالأشياء المزدوجة، فإن المشتري لا يكون له أن يطلب الفسخ إلا بالنسبة إلى مجموع الصفقة (الفصل 558 من ق.ل.ع).

أما إذا ورد البيع على أموال مثلية، فلا يكون للمشتري عندئذ إلا المطالبة بتسليم ما يماثل الشيء المبيع في نوعه وأن يكون خاليا من أي عيب، مع حقه في طلب التعويض عن الضرر اللاحق به إن كان لهذا التعويض محل (الفصل 557 من ق.ل.ع). ويقتضي الفصل 559 من ق.ل.ع أن يلحق الفسخ لعيب في الشيء الأصلي توابع هذا الشيء، ولو حدد لها ثمن مستقل. في حين، عيب الشيء التابع لا يكون سببا لفسخ بيع الشيء الأصلي، ويترتب عن الحكم بفسخ البيع إلزام المشتري بأن يرد:

- الشيء المشوب بالعيب الموجب للضمان، بالحالة التي تسلمه عليها وتوابعه وما كان يعتبر جزءا منه وكذلك الزيادات التي اندمجت فيه بعد البيع؛

- ثمار الشيء من وقت الفسخ بالتراضي، أو من وقت الحكم بالفسخ، وكذلك الثمار السابقة على هذا التاريخ. إلا أنه إذا كانت الثمار غير معقودة فإن المشتري يتملكها إذا كان قد جناها ولو قبل نضجها، كما يتملك أيضا الثمار الناضجة ولو لم يجنها.

أما **البائع فيلتزم** تجاه المشتري بما يلي:

- أن يدفع له مصروفات الزراعة، والري، والصيانة، ومصروفات الثمار التي ردها إليه؛

- أن يرد الثمن الذي قبضه ومصروفات العقد؛

- أن يعوض للمشتري الخسائر التي قد يسببها له الشيء المبيع، إذا كان قد وقع تدليس من البائع.

غير أن المشتري قد يسقط حقه في استرداد الثمن أو في إنقاصه، إذا تعذر عليه رد الشيء المبيع في الحالات الآتية:

- إذا هلك المبيع بحادث فجائي أو بخطأ وقع من المشتري أو من الأشخاص الذين يتحمل المسؤولية عنهم؛

- إذا سرق الشيء من المشتري أو اختلس منه؛

- إذا حول المشتري الشيء على نحو يصير معه غير صالح لاستعماله فيما أعد له أصلا. إلا أنه إذا لم يكن العيب قد ظهر إلا عند إجراء التحويل أو نتيجة له، فإن المشتري يحتفظ بحقه في الرجوع على البائع.

أما إذا هلك الشيء المبيع بسبب العيب الذي كان يشوبه أو بحادث فجائي ناتج عن هذا العيب، كان هلاكه على البائع فيلتزم برد الثمن ويلتزم أيضا بالتعويضات إذا كان سيئ النية.

ثانيا: استمرار العقد مع إنقاص الثمن: لقد قرر المشرع في الفصل 564 من ق.ل.ع أن لا محل للفسخ وليس للمشتري إلا طلب إنقاص الثمن، وذلك في الحالات التي حددها بموجب هذا الفصل، وذلك كما يلي:

- إذا كان الشيء قد تعيب بخطئ المشتري أو بخطأ من هو مسؤول عنهم كأولاده أو من يشتغلون لديه مثلا؛

- إذا استعمل المشتري الشيء استعمالا من شأنه أن ينقص من قيمته بكيفية محسوسة، إذا كان قد استعمل الشيء قبل أن يعرف العيب. أما إذا كان قد استعمله بعد ذلك فيعتبر هذا الاستعمال سببا يبرئ ذمة البائع من الضمان، بحيث يطبق حكم الفقرة 2 من الفصل 564 من ق.ل.ع. إلا إذا المبيع منزلا أو عقارا مشابها له، حيث في هذه الحالة يستطيع المشتري الاستمرار في سكناه بعد اكتشافه العيب وأثناء دعوى إنقاص الثمن (الفصل 572 من ق.ل.ع).

ثالثا: قيام الحق في التعويض: يثبت للمشتري الحق في التعويض استنادا لأحكام الفصل 557 من ق.ل.ع إذا ورد البيع على مجموع من أشياء محددة، وكان جزء منها معيبا كان للمشتري أن يستعمل حق الاختيار المخول له بموجب الفصل 556 من ق.ل.ع. وإذا ورد البيع على أشياء مثلية، لم يكن للمشتري إلا أن يطلب تسليم مثلها في النوع خالية من العيب، مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان له محل (الفصل 557 من ق.ل.ع).

رابعا: حالات سقوط الضمان أو انقضائه: من خلال ما سبق التطرق إليه، لا يضمن البائع سوى العيوب الخفية. بذلك، إذا كان العيب ظاهرا فالبائع لا يضمنه، كما لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها، وذلك ما لم يصرح البائع بعدم وجودها وإلا لزمه الضمان. ولا يضمن البائع عيوب الشيء أو خلوه من الصفات المتطلبة فيه إذا صرح بها للمشتري، أو إذا اشترط عدم مسؤوليته عن أي ضمان. فمن يخلي مسؤوليته من الضمان أو يخبر المشتري بالعيوب الموجودة في المبيع، لا يمكن مطالبته بعد ذلك بالضمان.

وأخيرا، فإن دعوى الضمان لا يكون لها محل في البيوع التي تجري بواسطة القضاء.

أما بالنسبة لانقضاء دعوى الضمان فقد حدد الفصل 572 من ق.ل.ع الحالات التي تنقضي فيها دعوى ضمان العيب فيما يلي:

- إذا تنازل المشتري عنها صراحة بعد علمه بالعيب؛
- إذا باع المشتري الشيء بعد علمه بالعيب أو تصرف فيه على أي وجه آخر باعتباره مالكا؛
- إذا كان المشتري قد خصص الشيء لاستعماله الشخصي وظل يستعمله بعد علمه بالعيب الذي يشوبه. ولا تسري هذه القاعدة على المنازل وغيرها من العقارات المشابهة إذ يستطيع الشخص الاستمرار في سكناها أثناء دعوى فسخ البيع.

كما حدد الفصل 573 ق.ل.ع الآجال التي يجب أن ترفع فيها كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها تحت طائلة السقوط بالنسبة للعقارات، خلال 365 يوما بعد التسليم.

أما الأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم، بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553 ق.ل.ع. ويسوغ تمديد هذه الآجال أو تقصيرها باتفاق المتعاقدين، وتسري أحكام الفصول 371 إلى 377 من ق.ل.ع على سقوط دعوى ضمان العيب. وحسب الفصل 574 ق.ل.ع، لا يحق للبائع سيئ النية التمسك بدفوع التقادم المقررة في الفصل السابق، كما لا يحق له التمسك بأي شرط آخر من شأنه أن يضيق حدود الضمان المقرر عليه، ويعتبر سيئ النية كل بائع يستعمل طرقا احتيالية ليلحق بالشيء المبيع عيوبا أو ليخفيها.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع في القانون رقم 08-31 المتعلق بحماية المستهلك قد خصص القسم الخامس من هذا القانون، للضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع. ونجد المشرع المغربي قسم الضمان إلى ضمان قانوني لعيوب الشيء المبيع وضمان تعاقدي. **فالضمان القانوني** يتحمله المورد بقوة القانون، ويضاف إليه **الضمان التعاقدي** الذي جاء ليعززه ولا يمكن أن يحل محله. وقد نص أيضا هذا القانون، على اعتبار كل شرط يرمي إلى إلغاء أو انتقاص حق المستهلك في الاستفادة من التعويض في حالة اخلال المورد بالتزاماته، أو إعفاء المورد من المسؤولية القانونية، شرطا تعسفيا يعتبر باطلا ولاغيا.

القسم الثاني: عقد الكراء

لقد أصبح عقد الكراء في الوقت الراهن من أهم العقود المسماة، لذلك قال عنه ذ ذي هلتس بحق أنه من أكثر العقود تداولا، وليس بين الناس إلا من هو مستأجر، عدا الملاك الذين يسكنون في أملاكهم، والمتشردين الذين لا مأوى لهم، وحتى الملاك لا تخلو الحال غالبا من أنهم يؤجرون ويستأجرون.

ولعقد الكراء أهمية بالغة في ق.ل.ع الذي خصص القسم الثالث لتنظيم أحكامه تحت مسمى الإجارة، حيث ميز في الفصل 626 بين إجارة الأشياء وهي الكراء، وإجارة الأشخاص أو العمل، وهي عقد المقاولة. وما يهمنا في هذا الإطار هو عقد الكراء الذي ينصب على إجارة الأشياء، ولقد عرف الفصل 627 ق.ل.ع عقد الكراء بأنه " **عقد، بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له** ". وهو ما يعني أن المقصود بإجارة الأشياء ينصرف إلى كل من المنقول والعقار.

وبناء عليه فإن عقد الكراء قد ينصب على منقول (سيارة مثلا)، أو على عقار، وهذا العقار قد يكون فلاحيا، تجاريا، سكنيا أو مهنيا، ولكل فئة طبيعتها وأحكامها الخاصة، وبما أن الوقت لا يسمح بالتعرض لمختلف هذه الأنواع من الأكرية، سوف نقتصر على دراسة عقد الكراء الذي ينصب على المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني كنموذج.

وعقد كراء المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني ينظم في المغرب بموجب القانون رقم 67.12.[1] ومن أجل الإحاطة بمقتضيات هذا القانون سوف نتعرض لأحكام تكوين عقد الكراء وآثاره تجاه طرفيه في هذه المحاضرة، على أن نتعرض لانقضاء عقد الكراء في المحاضرة المقبلة. وسنميز في إطار دراسة تكوين عقد الكراء وآثاره تجاه طرفيه بين تكوين عقد الكراء – **المبحث الأول** – وآثار عقد الكراء تجاه طرفيه – **المبحث الثاني** -

المبحث الأول : تكوين عقد الكراء

من أجل الإحاطة بتكوين عقد الكراء سوف نتعرض لماهية هذا العقد التي تقتضي تعريفه وتحديد خصائصه التي تميزه عن باقي العقود – **المطلب الأول** – ثم تحديد الشروط اللازمة لقيامه – **المطلب الثاني** -

المطلب الأول : ماهية عقد الكراء

لقد عرف ق.ل.ع عقد الكراء في الفصل 627 بقوله أن " الكراء عقد، بمقتضاه يمنح أحد طرفيه للآخر منفعة منقول أو عقار، خلال مدة معينة في مقابل أجرة محددة، يلتزم الطرف الآخر بدفعها له ". فهو عقد للتخلي عن منفعة الشيء، سواء تمثل هذا الشيء في عقار أو منقول، وهذا التخلي محدود في الزمن بمدة معينة، كما أنه يكون في مقابل أجرة محددة، بحيث يتم التوافق بين الطرفين حول المدة والأجرة.

[1]- المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكتري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.111 صادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013)، الجريدة الرسمية عدد 6208 الصادرة بتاريخ 24 محرم 1435 (28 نوفمبر 2013).

وينتج عن هذا التعريف أن عقد الكراء يتميز بمجموعة من الخصائص الأساسية فهو عقد رضائي من حيث المبدأ لا يشترط لانعقاده شكل معين ما لم ينص على خلاف ذلك في بعض أنواع الأكرية. وهو عقد ملزم للجانبين، لأنه يرتب التزامات وحقوق متبادلة بالنسبة لطرفي العقد معا، كما أنه عقد معاوضة، لأن كلا من المكري والمكتري يحصل على شيء في مقابل تخليه عن شيء آخر، وهو أيضا عقد مؤقت، حيث تعتبر المدة عنصر جوهري في عقد الكراء.

ولعل البعض من هذه الخصائص تجعل عقد الكراء يشتبه إلى حد كبير مع عقد البيع، بل إن المشرع في ق.ل.ع قد أحال في الكثير من أحكام عقد الكراء على عقد البيع بموجب الفصل 632 حيث تطبق الفصول 484 و485 و487 المتعلقة بمحل البيع على الكراء.

غير أنه رغم ذلك هناك اختلاف جوهري بين الكراء والبيع، يتجلى في كون الكراء يقع على منفعة الشيء المؤجر في حين أن البيع يقع على ملكيته، فضلا عن خاصية المدة حيث إن الكراء عقد مؤقت بخلاف عقد البيع الذي هو عقد مؤبد. كما أن خاصية أجرة الكراء تميز هذا العقد أيضا عن عقد العارية الذي يعتبر عقد تبرع لا يدفع فيه المستعير أجرا.

ويتشابه عقد الكراء أيضا مع عقد القرض في كون كل من المقرض والمكتري يقوم بإرجاع الشيء المقترض أو العين المكتراة عند انتهاء العقد، غير أنه يتميز عنه في كون المكتري يقوم بإرجاع نفس الشيء الذي تم إيجاره على خلاف المقترض الذي لا يرد نفس الشيء بل يرد مثله.

المطلب الثاني : شروط قيام عقد الكراء

لقيام عقد الكراء يشترط أن يكون المكري له الحق في كراء الشيء – **الفقرة الأولى** – وأن يحصل التراضي بين المكري والمكتري على الشيء المكترى – **الفقرة الثانية** – وعلى مدة الكراء – **الفقرة الثالثة** – ثم على الوجيبة الكرائية – **الفقرة الرابعة** – كما أنه لا بد من توثيق عقد الكراء كتابة – **الفقرة الخامسة** –

الفقرة الأولى: حق المكري في كراء العين المكتراة

بالرجوع إلى الفصل 630 من ق.ل.ع نجده يستثني من حق التصرف في الشيء بالكراء " من لم يكن لهم على الشيء إلا حق شخصي في الاستعمال أو السكنى أو حق في حبسه أو رهن حيازي على منقول لم يجز لهم إكراؤه ".

وبناء على ذلك فإنه لا يمكن لمن يتمتع بحق السكنى أن يقوم بإكراء هذا الحق، كما لا يجوز لمن كان يحوز شيئا على سبيل الرهن أو الحبس أن يقوم بإكرائه. لذلك فالمكري هو مبدئيا مالك العقار، أو من ينوب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، أو المكتري نفسه الذي يمكن أن يقوم بإعادة كراء نفس العقار للغير إذا حصل على موافقة مكتوبة من المكري. وهذا الشخص الذي يثبت له الحق في الكراء هو نفسه الذي يلزم أن يتراضى مع المكتري على الشيء المكترى.

الفقرة الثانية: التراضي بين الطرفين على الشيء المكترى

استنادا لمقتضيات الفصل 628 من ق.ل.ع فإن الكراء يتم بتراضي الطرفين على الشيء وعلى الأجرة وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد. ولذلك فالتراضي على الشيء المكترى يعتبر شرطا أساسيا لقيام عقد الكراء، حيث لا يمكن أن نتصور عقدا للكراء دون تحديد الشيء المكترى.

والشيء المكترى في سياق ما نحن بصدده هو العقار المخصص للسكنى أو للأنشطة المهنية، ويجب تحديده تحديدا كافيا، نافيا للجهالة، بحيث لا يحوم أي شك حول تحديده بالنسبة للطرفين معا، ويكون معلوما لديهما.

ومن المعلوم أن العقار يتم تحديده بذكر رقم تسجيله بالرسم العقاري إن كان محفظا، أو بذكر حدوده وموقعه إن لم يكن محفظا، كما يجب أيضا أن يتم وصف الشيء المكترى من حيث محتوياته، وعدد الغرف والمرافق التي يتوفر عليها، وعنوانه.

والملاحظ أن القانون رقم 67.12 قد تدخل في مجال تحديد الشيء المكترى وفرض ليس فقط تحديده على الشكل المذكور أعلاه، بل تحرير بيان وصفي لحالة العين المكتراة وقت تسليمها للمكتري، وذلك تفاديا لأي نزاع حولها فيما بعد.

الفقرة الثالثة : التراضي بين الطرفين على مدة الكراء

لم يجعل الفصل 628 من ق.ل.ع المدة من بين الأمور التي يجب أن يقع التراضي في شأنها بين المتعاقدين، لكن مع ذلك فهي تدخل ضمن العبارة التي أوردها هذا الفصل بقوله " ... وعلى غير ذلك مما عسى أن يتفقا عليه من شروط في العقد ". باعتبارها ضرورية لقيام العقد، غير أن تخلفها لا يترتب عنه بطلان العقد وإنما يُرجع في شأنه إلى القواعد العامة لعقد الكراء الواردة في ق ل ع، خاصة وأن القانون رقم 67.12 لم يتضمن أي مقتضى يشير إلى مدة الكراء.

وتبعا لذلك نجد الفصل 629 ق.ل.ع يستلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة، إذا عقدت لأكثر من سنة، فإن لم يوجد محرر مكتوب، **اعتبر الكراء قد أجري لمدة غير معينة.** كما اعتبر أن كراء العقارات لمدة تزيد على سنة لا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يكن مسجلا وفقا لما يقضي به القانون.

وهذا معناه أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين على مدة الكراء افترض فيهما أنهما قد أجريا الكراء لمدة غير محددة.

الفقرة الرابعة: التراضي بين الطرفين على الوجيبة الكرائية

يستلزم الفصل 633 من ق.ل.ع **أن تكون الأجرة معينة** في عقد الكراء. ويمكن أن تكون عبارة عن نقود أو منتجات أو أطعمة أو أي منقولات أخرى بشرط أن تكون محددة بالنسبة إلى مقدارها وصنفها ويسوغ أيضا أن تكون الأجرة حصة شائعة في منتجات الشيء المكترى. ورغم أن المشرع قد تحدث في الفصل 633 أعلاه بصيغة الوجوب فهو لم يرتب البطلان على تخلف شرط تحديد الأجرة، حيث جاء في الفصل 634 أنه " إذا لم يحدد المتعاقدان الأجرة، افترض فيهما أنهما قد قبلا أجرة المثل في مكان العقد، وإذا كانت ثمة تعريفة رسمية، افترض في المتعاقدين أنهما قد ارتضيا التعاقد على أساسها ".

وبالرجوع إلى القانون رقم 67.12 نجده قد نص من ضمن ما نص عليه في المادة 3 المتعلقة بالبيانات التي يجب أن يتضمنها عقد الكراء، على بيان مبلغ الوجيبة الكرائية المتفق عليها ودورية أدائها، وتبعا لذلك وجب على الطرفين أن يتفقا صراحة على مبلغ الوجيبة الكرائية، وعلى دورية أداء هذا المبلغ، هل شهريا، نصف سنوي أو سنوي ...

ويجب حسب نفس المادة أن يتضمن عقد الكراء أيضا تحديد طبيعة التكاليف الكرائية التي يتحملها المكتري، كأداء واجب استهلاك الماء والكهرباء بالأماكن المشتركة، واجبات السانديك ... وزيادة في الحرص على تفادي العديد من المشاكل المرتبطة بأداء الوجيبة الكرائية وملحقاتها تضيف المادة 3 الوسيلة المتفق عليها لأداء الوجيبة والتكاليف الكرائية ضمن البيانات الواجب تضمينها في العقد.

الفقرة الخامسة: توثيق العقد كتابة

الأصل في عقد الكراء أن يكون رضائيا ينعقد بمجرد تراضي طرفيه على الشيء المكترى والوجيبة الكرائية وباقي شروط العقد الأخرى. غير أنه رغم ذلك فالفصل 629 يلزم أن يثبت كراء العقارات والحقوق العقارية بالكتابة، إذا عقدت لأكثر من سنة، فإن لم يوجد محرر مكتوب، اعتبر الكراء قد أجري لمدة غير معينة.

كما أنه وخروجا عن هذا المبدأ نص القانون رقم 67.12 في المادة 3 منه على وجوب إبرام عقد الكراء بمحرر كتابي ثابت التاريخ يتضمن مجموعة من البيانات الأساسية.[2]

وهذه الكتابة هي للاثبات وليست للانعقاد، ذلك لأن الأصل هو الرضائية والمشرع لم يرتب على مخالفة هذا الوجوب أي أثر يمس وجود هذا العقد. كما أنه بالرجوع إلى المادة 22 الذي تتحدث عن استيفاء الوجيبة الكرائية نجدها تشترط أن تكون العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب محرر كتابي ثابت التاريخ أو حكم نهائي يحدد الوجيبة الكرائية بينهما. وهذا معناه أن عقود الكراء التي لا تستوفي إحدى هذين الشرطين يرجع فيها إلى الأحكام العامة لعقد الكراء.

المبحث الثاني : آثار عقد الكراء تجاه طرفيه

كغيره من العقود، يرتب عقد الكراء فور انعقاده بشكل صحيح، مجموعة من الآثار بالنسبة لطرفيه، وهي في حقيقة الأمر التزامات متبادلة، تمثل التزاما لطرف وحقا لطرف آخر. لذلك سنعالج آثار عقد الكراء من خلال التعرض لالتزامات المكري – **المطلب الأول** – ثم لالتزامات المكتري – **المطلب الثاني** -

المطلب الأول : التزامات المكري

يتحمل المكري بموجب عقد الكراء عدة التزامات تجاه المكتري، يمكن تحديد أهمها في التزام المكري بتسليم المحل المكترى والمرافق التابعة له – **الفقرة الأولى** - والتزامه بالضمان – **الفقرة الثانية** - و بصيانة المحل المكترى – **الفقرة الثالثة** – ثم أخيرا بتسليم وصل الأداء للمكتري – **الفقرة الرابعة** –

---

[2] وهي على الخصوص:

- الاسم الشخصي والعائلي للمكري والمكتري، والمهنة، والموطن ووثيقة إثبات الهوية وجميع المعلومات المتعلقة بالوكيل، عند الاقتضاء؛
- الإسم الكامل والمقر الاجتماعي وعند الاقتضاء جميع المعلومات المتعلقة بالممثل القانوني إذا كان المكري أو المكتري شخصا معنويا؛
- تحديد المحلات المكراة والمرافق التابعة لها والغرض المخصص لها وكذا التجهيزات المعدة للاستعمال الخاص من طرف المكتري وحده؛
- بيان مبلغ الوجيبة الكرائية المتفق عليها ودورية أدائها؛
- طبيعة التكاليف الكرائية التي يتحملها المكتري؛
- الوسيلة المتفق عليها لأداء الوجيبة والتكاليف الكرائية ؛
- الالتزامات الخاصة التي يتحملها كل طرف.

الفقرة الأولى : تسليم المحل المكترى والمرافق التابعة له

تنص المادة 5 من القانون رقم 67.12 على أنه " يجب على المكري أن يسلم للمكتري المحل والمرافق التابعة له، وكذا التجهيزات المذكورة في عقد الكراء ".

وبناء على هذه المادة فالمكري ملزم بموجب عقد الكراء بتسليم الشيء المكترى وملحقاته للمكتري فور إبرام عقد الكراء أو خلال الأجل المتفق عليه في العقد، والتسليم يقوم على وضع الشيء تحت تصرف المكتري، ونقل حيازته المادية إليه، ويشكل المرحلة الأولى لتنفيذ العقد من قبل المكري.

ويتم التسليم عادة في كراء العقارات المعدة للسكنى أو الاستعمال المهني بصورة رمزية عن طريق تسليم المفاتيح للمكتري، وتمكينه من الولوج للعين المكتراة وحيازتها حيازة مادية. وقد يكون التسليم حكميا إذا كانت العين المؤجرة في حيازة المكتري قبل إبرام العقد، كأن يكون ذلك بناء على رهن حيازي، أو إعارة، أو عقد كراء محدد المدة انتهت مدته ووقع تجديده.

وحسب المادة 5 أعلاه فإنه لا يكفي أن يتم تسليم المحل المكترى للمكتري بل لا بد أن يتوفر المحل المكترى إن كان معدا للسكنى على المواصفات الضرورية من حيث الأجزاء المكونة له وشروط التهوية والمطبخ ودورة المياه والكهرباء والماء.

وفي حالة إخلال المكري بالتسليم يكون للمكتري الحق في طلب التنفيذ العيني، أو طلب إلغاء العقد مع التعويض، أما إذا هناك تأخر خفيف فقط لا يؤدي إلى ضرر هام، فيمكن للمكتري أن يطالب بعدم أداء الوجيبة الكرائية المقابلة للمدة التي حصل فيها التأخر عن التسليم، ولو كان ذلك لقوة قاهرة، لأن الأجرة لا تستحق إلا من تاريخ تسليم الشيء المأجور.

الفقرة الثانية : التزام المكري بالضمان

هذا الالتزام تنص عليه المادة 9 من القانون رقم 67.12 بنصها على أنه " يجب على المكري أن يضمن للمكتري تسلم المحل المكترى والانتفاع الكامل والهادئ به، وأن يضمن له العيوب التي تعرقل ذلك الانتفاع ما عدا تلك المحددة في البيان الوصفي أو التي تكون موضوع الاتفاق الصريح المنصوص عليه في المادة 6 أعلاه.

غير أن المكري لا يضمن سوى العيوب الناشئة عن فعله أو فعل الأشخاص المسؤول عنهم، ولا يسأل عن العيوب التي يتسبب فيها الغير.

كما أنه لا يتحمل عيوب ونقائص المحل المكترى التي كان المكتري على علم بها ولم يتم تضمينها في البيان الوصفي المشار إليه في المادة 7 أعلاه ".

وبناء على هذه المادة نقول بأن المكري ملزم بموجب عقد الكراء بضمان تسلم المكتري للعين المكتراة وضمان انتفاعه بها انتفاعا كاملا وهادئا، فكل ما من شأنه أن ينقص من هذا الانتفاع أو يشوش عليه تشويشا معتبرا فإن المكري يكون مسؤولا عنه وضامنا له.

ولا يسأل المكري عن هذه العيوب أو النقائص إذا كان قد تم الاتفاق في شأنها بموجب البيان الوصفي وتحمل المكتري مسؤولية إصلاحها بموجب المادة 7، أو لم تكن محل اتفاق لكن المكري أخبر بها المكتري وقبلها هذا الأخير وتعاقد رغم علمه بها.

الفقرة الثالثة: التزام المكري بصيانة المحل المكترى

لا يكفي المكري أن يقوم بتسليم العين المكتراة للمكتري بحالة يتسنى له معها أن يستعملها للغرض الذي أعدت من أجله، بل يلزمه أيضا أن يقوم بصيانة العين المكتراة وملحقاتها لتبقى على الحالة المشار إليها صالحة للاستعمال.

وهذا الالتزام يجد سنده القانوني في المادة 10 من القانون رقم 67.12 التي تنص على أنه " يجب على المكري صيانة المحل بالشكل الذي يسمح باستعماله وفق ما هو منصوص عليه في العقد، وأن يقوم بجميع الإصلاحات الضرورية للحفاظ عليه وصيانته ".

ولكي يقع هذا الالتزام بشكل صحيح على عاتق المكري يجب على المكتري وفقا للمادة أعلاه أن يشعره بالطرق المنصوص عليها قانونا بالقيام بالإصلاحات التي تقع على عاتقه . فإذا لم ينجزها في أجل شهر من تاريخ إشعاره جاز للمكتري آنذاك أن يستصدر أمرا من رئيس المحكمة الابتدائية الموجود محل الكراء بدائرتها، يحدد قيمة الإصلاحات المطلوبة ويأذن له بإجرائها وخصمها من وجيبة الكراء.

ولا يجوز للمكري أن يعارض في إجراء الإصلاحات التي يقوم بها المكتري ما دامت هذه الأخيرة لا يترتب عنها أي تغيير في طبيعة المحل المكترى.

الفقرة الرابعة : الالتزام بتسليم وصل الأداء للمكتري

من الالتزامات الملقاة أيضا على عاتق المكري نجد التزامه بأن يسلم للمكتري وصلا موقعا من طرفه شخصيا أو من طرف وكيله المعتمد لذلك، يتضمن تفصيلا للمبالغ المؤداة من طرف المكتري مع التمييز بين وجيبة الكراء والتكاليف المترتبة عنه كما هو منصوص عليه في المادة 11 من القانون رقم 67.12. وهذا الالتزام يأتي ضمانا لحقوق المكتري الذي يؤدي واجباته الكرائية، في الحصول على سند يثبت له ذلك الأداء تفاديا لكل منازعة في ذلك من طرف المكري.

غير أنه ما دام الواقع يفرض عكس ذلك حيث يتهرب بعض المكرين من أداء وصولات الكراء تفاديا لاثبات العلاقة الكرائية ودفع الضرائب المترتبة عن ذلك، فإن المادة 11 أعلاه قد أجازت إضافة إلى هذا الوصل إمكانية إثبات أداء الكراء، بالوسيلة المتفق عليها في العقد، وذلك مشروط بأن تكون هذه الوسيلة قد تم الاتفاق عليها وأن تتضمن أداء الوجيبة والتكاليف الكرائية بكاملها.

وتنفيذا لذلك غالبا ما يتم الاتفاق بين طرفي العقد على أن يتم أداء الوجيبة الكرائية والتكاليف المرتبطة بها عن طريق تحويل بنكي للوجيبة الكرائية في إسم المكري في التاريخ المتفق عليه. فيكون تبعا لذلك الوصل المسلم من طرف البنك، أو كشف الحساب حجة على أداء الوجيبة الكرائية، يمكن اعتماده في الاثبات في حالة عدم التوفر على وصل مسلم من طرف المكري.

المطلب الثاني : التزامات المكتري

انطلاقا من طبيعة عقد الكراء الذي هو عقد تبادلي، فإن المكتري يتحمل بدوره بمجموعة من الالتزامات تجاه المكري. هذه الالتزامات تتجلى بشكل أساسي في أداء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها – **الفقرة الأولى** – ثم المحافظة على المحل وإرجاعه للمكري عند انتهاء عقد الكراء – **الفقرة الثانية** -

الفقرة الأولى : أداء الوجيبة الكرائية و التكاليف التابعة لها

يلتزم المكتري بأداء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها للمكري في وقتها المحدد رضاء – **أولا** – وفي حالة تخلفه عن ذلك يمكن مطالبته بها قضاء – **ثانيا** – كما أن المشرع قد وضع أيضا مقتضيات خاصة بمراجعة هذه الوجيبة الكرائية – **ثالثا** –

أولا ـ الأداء الودي للوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها

يشكل الالتزام بأداء الوجيبة الكرائية أحد أهم أركان عقد الكراء، بل هو علته الوحيدة في نظر المكري، التي لولاها لما كان ليُقبل على التعاقد، فهي المقابل الذي يحصل عليه لقاء تخليه عن منفعة العين المؤجرة. وهذا الالتزام يعتبر غاية في الأهمية لأن الإخلال به يؤدي إلى وقوع اختلال في التوازن المطلوب في العلاقة العقدية، ويرتب وضعا شاذا يستفيد فيه المكتري من العين المكتراة ولا يستفيد المكري من أي مقابل تجاه ذلك. وتزداد أهمية هذا الالتزام من الناحية العملية والتي تترجم في حجم المنازعات الرائجة أمام المحاكم حول أداء واجبات الكراء.

تلك الأهمية التي جعلت المشرع يتدخل ليحيط هذا الالتزام بمجموعة من الضمانات فصلها بشكل دقيق في مواد القانون رقم 67.12، حيث تحدث عن الوجيبة الكرائية وعن التكاليف الكرائية، وأخضعهما لنفس الأحكام. فحسب المادة 12 من القانون المذكور " يلتزم المكتري بأداء الوجيبة الكرائية في الأجل الذي يحدده العقد، وعند الاقتضاء جميع التكاليف الكرائية التي يتحملها بمقتضى العقد بموجب القوانين الجاري بها العمل. تدخل في حساب التكاليف الكرائية، المبالغ التابعة للوجيبة الكرائية مقابل الخدمات اللازمة لاستعمال مختلف أجزاء محل الكراء ".

فبموجب هذه المادة يقع على عاتق المكتري أداء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها الثابتة بموجب العقد، خلال الأجل الذي يحدده العقد. أما عن مكان أداء الوجيبة الكرائية، وفي غياب مقتضى خاص بالقانون رقم 67.12، فإنه يرجع في شأنه إلى الأحكام العامة لعقد الكراء في ق ل ع، حيث ينص الفصل 666 على أنه " يدفع الكراء بالنسبة إلى العقارات في المكان الذي توجد فيه العين المكتراة، وبالنسبة إلى المنقولات في مكان إبرام العقد، وذلك كله ما لم يشترط خلافه ". وهذا الالتزام الواقع على عاتق المكتري لا يمكنه أن يتحلل منه تحت أي ذريعة كانت، حيث تنص المادة 21 من القانون رقم 67.12 على أنه " لا يجوز للمكتري الذي يدعي إزعاجا في الانتفاع أو عيبا يعرقل هذا الانتفاع أن يمتنع بسبب ذلك، وفي جميع الأحوال عن أداء الوجيبة الكرائية عند تاريخ الاستحقاق. غير أنه يمكنه مع ذلك أن يطلب من المحكمة تخفيض جزء من وجيبة الكراء يتناسب وحجم الضرر". فالمشرع ألزم المكتري بأداء الوجيبة الكرائية في الوقت المحدد لها، رغم ما قد يعترضه من مشاكل في الانتفاع بالعين المكتراة، تحت طائلة اللجوء إلى القضاء للمطالبة باستيفاء الوجيبة الكرائية.

ثانيا ـ استيفاء الوجيبة الكرائية والتكاليف التابعة لها عن طريق القضاء

اعتبارا لأهمية أداء الوجيبة الكرائية ودورها في ضمان استمرار علاقة الكراء بين طرفي العقد، ونظرا لكون الوفاء بالالتزامات لا يكون دائما بشكل طوعي، مما يقتضي في بعض الأحوال اللجوء إلى القضاء لإرغام المدين بها على الوفاء. فإن المشرع قد أورد مقتضيات قانونية هامة، تتميز ببساطة الاجراءات وفعاليتها من أجل ضمان حق المكري في استيفاء حقوقه من المكتري في وقت قصير.

وبناء على ذلك جاءت المادة 22 من القانون رقم 67.12 بقاعدة مفادها أنه " بصرف النظر عن جميع المقتضيات القانونية التي يبقى حق اللجوء إليها قائما، تطبق مقتضيات هذا الباب على الطلبات الرامية إلى استيفاء وجيبة أكرية المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني إذا كانت العلاقة الكرائية ثابتة بين الطرفين بموجب محرر كتابي ثابت التاريخ أو حكم نهائي يحدد الوجيبة الكرائية بينهما ". وبناء على هذه المادة فإنه يمكن للمكري في حالة عدم أداء وجيبة الكراء والتكاليف التابعة لها المستحقة، أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية الإذن له بتوجيه إنذار بالأداء إلى المكتري، ويجب أن يرفق هذا الطلب بما يثبت العلاقة الكرائية طبقا للمادة 22 أعلاه.

يحدد الإنذار أجلا لا يقل عن خمسة عشر يوما يبتدئ من تاريخ تبليغ الإنذار لتسديد المكتري ما عليه من المبالغ غير المؤداة إما مباشرة بين يدي المكري أو من ينوب عنه مقابل وصل، أو وضعها بحسابه البنكي أو بإيداعها بصندوق المحكمة أو بأي وسيلة تثبت الأداء وتاريخه. (المادة 25). وفي حالة عدم الأداء الكلي أو الجزئي للمبالغ المستحقة والمحددة في الإنذار خلال الأجل المحدد، يمكن للمكري أن يطلب من رئيس المحكمة الابتدائية المصادقة على الإنذار والأمر بالأداء (المادة 26)، و يصدر رئيس المحكمة أو من ينوب عنه، أمرا بالمصادقة على الإنذار مع الأمر بالأداء يضمن بنفس الطلب في أجل ثمانية وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب اعتمادا على محضر التبليغ والوثائق والبيانات المذكورة في المادة 22 وما يليها، وينفذ على الأصل.أما إذا رفض رئيس المحكمة طلب المصادقة لأي سبب من الأسباب فإن رفضه لا يقبل أي طعن عادي أو غير عادي، ولا تكون للإنذار أية حجية. ويبقى من حق المكري المطالبة باستيفاء وجيبة الكراء والتكاليف التابعة لها طبقا للقواعد العامة.

ثالثا - الأحكام الخاصة بمراجعة الوجيبة الكرائية

نظم المشرع الأحكام الخاصة بمراجعة الوجيبة الكرائية في المواد من 31 إلى 38 من القانون رقم 67.12، فمنح للمكري والمكتري الحق في الاتفاق على شروط مراجعة الوجيبة الكرائية ونسبة الرفع من قيمتها أو تخفيضها، لكنه رغم ذلك وضع مجموعة من الضوابط التي لا يمكن لهذا الاتفاق أن يخالفها. فلا يجوز الاتفاق على رفع مبلغ الوجيبة الكرائية خلال مدة تقل عن ثلاث سنوات ابتداء من تاريخ إبرام عقد الكراء أو من تاريخ آخر مراجعة قضائية أو اتفاقية، كما لا يجوز الاتفاق على زيادة تتعدى النسب المقررة في هذا القانون.

وفي غياب الاتفاق بين الطرفين على شروط مراجعة الوجيبة الكرائية ونسبة الرفع من قيمتها تقرر المادة 33 إمكانية مراجعتها بعد مرور كل ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الاتفاق على الوجيبة أو من تاريخ مراجعتها بين الأطراف مباشرة، أو من التاريخ الذي حددته المحكمة لآخر مراجعة وذلك طبقا للنسب المقررة في المادة 34 ، وهذه النسب هي 8 % بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى و10% بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني. غير أنه يمكن للمحكمة أن تحدد نسبة الزيادة في مبلغ الوجيبة الكرائية بما لها من سلطة تقديرية ودون التقيد بالنسبتين المذكورتين أعلاه إذا كان مبلغ قيمة الوجيبة الكرائية لا يتجاوز أربعمائة درهم شهريا على ألا تتعدى نسبة الزيادة المحكوم بها 50 % . (المادة 35).

وبما أن مفهوم مراجعة الوجيبة الكرائية لا يصب دائما في اتجاه الزيادة في هذه الوجيبة، بل يحتمل أيضا مراجعتها في اتجاه النقصان، فإن المادة 36 قد أتاحت للمكتري الإمكانية للمطالبة بتخفيض مبلغ الوجيبة الكرائية إذا طرأت ظروف أثرت على استعمال المحل للغرض الذي اكتري من أجله، وذلك وفق أحكام الفصلين 660 و 661 من قانون الالتزامات والعقود.

الفقرة الثانية : المحافظة على المحل المكترى وإرجاعه للمكري عند انتهاء عقد الكراء

يجب على المكتري أن يستعمل العين المكتراة وفقا لما أعدت له، وبعناية الأب الصالح، أي أن تكون تصرفاته بعيدة عن الانتقاد وسوء الاستعمال بما يعود بالضرر على العين المؤجرة أو الجوار، حيث إنه ملزم بالمحافظة على الاكتمال الطبيعي للعين المكتراة – **أولا** – وبإرجاعها إلى المكري عند انتهاء عقد الكراء على الحالة التي تسملها عليها – **ثانيا** –

أولا - التزام المكتري بالمحافظة على العين المكتراة

يستلزم تنفيذ التزام المكتري بالمحافظة على العين المكتراة أن يستعملها فيما أعدت له بعناية دون الإضرار بها – **1** – ثم أن يقوم بإخبار المكري فورا بكل الوقائع التي تستلزم تدخله – **2** – وأن يسمح له بالولوج إلى العين المكتراة للقيام بالإصلاحات المستعجلة – **3**

1- استعمال العين المكتراة بعناية الأب الصالح

إذا كان من حق المكتري أن يتسلم العين المكتراة، وأن يستعملها فيما أعدت له بحكم طبيعتها، أو بمقتضى الاتفاق، فإنه ملزم بالمقابل أن يستعملها بعناية رب الأسرة الصالح، و أن يحافظ على اكتمالها المادي، الذي يقتضي عدم إلحاق أي تغيير أو تعديل بها. فحسب المادة 14 من القانون رقم 67.12 فإنه على المكتري أن يحافظ على المحل المكترى وأن يستعمله وفقا للغرض المخصص له طبقا لما هو وارد في العقد. ويسأل المكتري عن أي خسارة أو عيب يلحق المحل المكترى يكون ناتجا عن فعله أو خطئه. ولا يسأل عن الخسارة أو العيوب الناجمة عن :

- الاستعمال المألوف والعادي؛
- الحادث الفجائي أو القوة القاهرة؛
- حالة القدم، أو عيب في البناء أو بسبب عدم إجراء الإصلاحات التي يتحملها المكري في حالة ثبوت إخباره.

كما يترتب عن هذا الالتزام عدم أحقية المكتري في إدخال تغييرات على المحل والتجهيزات المكتراة دون الحصول على موافقة كتابية من المكري. وعند عدم الحصول على هذه الموافقة، يمكن للمكري أن يلزم المكتري عند إفراغه للمحل، بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه أو الاحتفاظ لفائدته بالتغييرات المنجزة دون أن يكون للمكتري حق المطالبة بالتعويض عن المصاريف المؤداة. غير أنه يمكن للمكري، في الحالة التي تشكل فيها التغييرات المنجزة خطرا على المحل أو على اشتغال التجهيزات الموجودة به، أن يلزم المكتري بإرجاع الحالة إلى ماكانت عليه بصفة استعجالية وعلى نفقته. (المادة 15). وحسب المادة 16 فإن سائر الدعاوي التي يرفعها المكري ضد المكتري بخصوص مقتضيات هذا البند، تتقادم بعد ثلاثة أشهر تبتدئ من تاريخ تسلمه للمحل المكترى.

2- الإخبار الفوري للمكري بجميع الوقائع التي تستلزم تدخله

من مظاهر الحفاظ على العين المكتراة من قبل المكتري نجد التزامه أيضا بإخبار المكري على الفور بجميع الوقائع التي تستلزم تدخله. ذلك أن تواجد العقار المكترى بيد المكتري يحول دون تفقده والاطلاع على أحواله من طرف المكري، وينتج عن ذلك أن لا يكون له علم بالأضرار التي قد تلحق به وبالتالي قد لا يتدخل لإصلاحها.

من هذا المنطلق نجد بأن المشرع قد ألزم المكتري بموجب المادة 18 من القانون رقم 67.12 بأن يشعر المكري بالطرق المنصوص عليها قانونا في أسرع الآجال بكل الوقائع التي تستلزم تدخله، تحت طائلة إصلاح الأضرار. والمقصود بالإصلاحات حسب المادة 19 من القانون المذكور هو أشغال الصيانة المألوفة والإصلاحات البسيطة التي يقتضيها الاستعمال الطبيعي للمحلات.

3- السماح للمكري بالولوج إلى العين المكتراة للقيام بالإصلاحات المستعجلة

إذا كان الالتزام بصيانة المحل المكترى يقع على عاتق المكري، فإن المنطق القانوني يقتضي أن يكون له الحق في الولوج إلى العين المكتراة، عندما تقتضي طبيعة هذا الالتزام تدخله. فكما هو معلوم أنه بمجرد تسليم العين المكتراة للمكتري فإنه لا يبقى للمكري أي حق في الولوج إليها، فكيف يمكنه تنفيذ التزامه بصيانة العقار المكترى؟.

الجواب نجده في المادة 17 من القانون رقم 67.12 التي تنص على أنه " يجب على المكتري أن يسمح للمكري بإنجاز الأشغال الضرورية للحفاظ على صيانة المحل المكترى وكذا الإصلاحات المستعجلة التي لا يمكن إرجاؤها إلى نهاية العلاقة الكرائية ".

وبناء على هذه المادة فإن المكتري ملزم بتمكين المكري من الحق في الولوج إلى العين المكتراة للقيام بكل الأشغال الضرورية للصيانة، وكذا الإصلاحات المستعجلة التي لا تقبل التأخير، كتغيير قنوات الصرف الصحي المختنقة مثلا. وبما أن إنجاز هذه الأشغال قد لا يتم من طرف المكري شخصيا فإن حق الولوج إلى العين المكتراة يبقى مفتوحا لكل شخص استدعت الأشغال المزمع إنجازها تدخله.

واعتبارا للطابع الاستعجالي لعملية الإصلاح، والذي يقتضي أن تكون الإصلاحات خفيفة ومبنية على السرعة، فإن المادة 17 أعلاه تنص على أنه إذا ترتب عن إجراء هذه الإصلاحات حرمان المكتري بصفة كاملة أو جزئية من محل الكراء لأكثر من ثلاثة أيام، جاز له فسخ عقد الكراء أو اللجوء إلى القضاء للمطالبة بخصم جزء من مبلغ الوجيبة الكرائية بما يتناسب والمدة التي حرم خلالها من المحل المكترى.

ونظرا لما قد يترتب عن السماح لأشخاص غرباء بالدخول لمحل سكن المكتري أو ورشته المهنية المكتراة من إحراج له وانتهاك لخصوصيته، فإن المادة 17 أعلاه قد منحت لطرفي العلاقة الكرائية الامكانية للاتفاق على أن يتكلف المكتري بإنجاز الأشغال المذكورة أعلاه، على نفقة المكري، في الآجال وحسب الشروط التي يحددها الطرفان في محرر ثابت التاريخ.

ثانيا - التزام المكتري بإرجاع العين المكتراة للمكري عند انتهاء العقد

بما أن عقد الكراء هو عقد زمني يرتبط بمدة محددة، وهو ينصب على منفعة الشيء وليس على عينه، فإن المنطق يقتضي أن يلتزم المكتري بإرجاع العين المكتراة للمكري عند انتهاء العقد. وتبعا لذلك نجد المادة 13 من القانون رقم 67.12 قد نصت على أنه " يجب على المكتري أن يعيد المحل المكترى للمكري عند إنهاء أو فسخ عقد الكراء طبقا لمقتضيات البابين السابع والثامن من هذا القانون. وإذا احتفظ به بعد هذا التاريخ وجب عليه أداء تعويض تحدده المحكمة لا يقل عن ضعف الوجيبة الكرائية عن شغله للمحل. كما يتحمل مسؤولية إصلاح كل ضرر ثابت يطرأ على المحل ويعتبر في وضعية محتل الملك الغير بدون سند ".

وبناء على هذه المادة فكل مكتري ملزم بإرجاع العين المكتراة إلى المكري فور انتهاء عقد الكراء سواء بالإنهاء أو بالفسخ، وإذا احتفظ به بعد ذلك فهو يكون في حكم المحتل لملك الغير بدون سند، يتحمل مسؤولية جميع الأضرار التي قد تلحق بالمحل، وكذا مسؤولية التعويض عن التماطل في إرجاع المحل.

كما يقتضي الإرجاع أن المحل المكترى يُسترد مثلما كان بالتمام، وبما أن القانون يفرض وضع بيان وصفي للحالة التي كان عليها العقار المكترى في تاريخ إبرام العقد، فإن المكتري يجب عليه أن يرد العين المكتراة على الحالة التي تسلمها عليها ووفقا لمضمون البيان والأوصاف المدونة، ما عدا التغييرات البسيطة والمألوفة التي تحدث بسبب مرور المدة وتداعيات الاستعمال العادي.

الفقرة الثالثة : الامتناع عن تولية المحل أو التخلي عنه بدون موافقة المكري

لقد عرفت الفقرة الأخيرة من المادة 39 من القانون رقم 67.12 تولية الكراء أو التخلي عنه بأنه " **يعتبر تولية للكراء أو تخليا عنه كليا أو جزئيا شغل الغير للمحلات المكتراة أكثر من ثلاثة أشهر** " . فالمقصود إذن بالتولية أو التخلي عن المحل هو التنازل عنه لفائدة شخص آخر ليحل محل المكتري في استغلال المحل، لمدة تتجاوز ثلاثة أشهر، فهو بعبارة أخرى كراء من الباطن. والأصل في هذا التولية أو التخلي أنها ممنوعة ما لم تتم بموافقة المكري – **أولا** - ومخالفة هذا المنع يترتب عنه فسخ العقد بقوة القانون – **ثانيا** –

أولا- المنع من تولية المحل أو التخلي عنه دون موافقة المكري

خلافا لمقتضيات الفصل 668 ق ل ع، يمنع القانون رقم 67.12 بموجب المادة 39 منه على المكتري تولية المحل المعد للسكنى أو التخلي عنه بدون موافقة المكري. ويشترط أن تكون هذه الموافقة في محرر كتابي ثابت التاريخ ما لم يتفق على خلاف ذلك في عقد الكراء. كما يجب أن تشمل الموافقة الكتابية عند التولية مبلغ الوجيبة الكرائية الجديدة وكذا التكاليف الكرائية عند الاقتضاء وباقي شروط التولية المتفق عليها.

وحسب المادة 40 من نفس القانون فإنه بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني، لا يحق للمكري أن يعترض على التولية أو التخلي إذا ما التزم المتولى له أو المتخلى له باستعمال المحل أو المحلات المكتراة لمزاولة نفس النشاط المهني الذي كان يزاوله بها المكتري الأصلي، أو لمزاولة نشاط مهني مماثل. شريطة أن لا يترتب عن ذلك إدخال تغييرات على المحل المكترى، أو إحداث تحملات إضافية بالنسبة للمكري أو تغيير طبيعة عقد الكراء.

ويتضح من خلال هذه المقتضيات أن المشرع قد قيد حرية المكري في عدم الموافقة على تولية الكراء أو التخلي عنه فيما يخص كراء المحلات المعدة للاستعمال المهني، على خلاف الكراء السكني حيث لم يورد أي تقييد لحريته. وبناء على ذلك فإنه كلما تحققت الشروط المنصوص عليها في المادة 40 فإن المكري لا يكون له حق الاعتراض.

وفي جميع الأحوال يستدعى المكري من طرف المكتري ليشارك في العقد وفق الكيفيات المنصوص عليها في قانون المسطرة المدنية. ويشعره المكتري بنيته في تولية الكراء أو التخلي عنه للغير.

ومن آثار الموافقة على التولية أو التخلي أنه إذا كان مبلغ الوجيبة الكرائية في حالتي التولية أو التخلي يفوق وجيبة الكراء الأصلية للجزء الذي وقعت توليته أو التخلي عنه، فللمكري الحق في طلب زيادة الوجيبة الكرائية الأصلية بقدر ذلك. ولا يفقد المكري حق مراجعة الوجيبة الكرائية الثلاثية المنصوص عليها في المادة 33، إذا تمت تولية الكراء أو التخلي عنه بدون الاتفاق على مراجعة الوجيبة الكرائية.

ثانيا - الآثار المترتبة عن مخالفة المنع من التولية أو التخلي

لقد حددت المادة 43 من القانون رقم 67.12 الآثار المترتبة عن قيام المكري بتولية الكراء أو التخلي بصفة غير قانونية، واعتبرت أن المتولى أو المتخلي له يعتبر محتلا للمحل دون حق ولا سند. وللمكري في هذه الحالة أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة إصدار أمر بطرده هو والمكتري أو من يقوم مقامهما. ويترتب عن الأمر القضائي بمجرد صدوره اعتبار عقدا التولية والتخلي وكذلك عقد الكراء الأصلي مفسوخين بقوة القانون.

أما إذا ترتبت عن التولية أو التخلي أضرار بليغة بالمحل المكترى فإنه يجوز للمكري أن يطلب فسخ الكراء مع إجبار المكتري على إرجاع الحالة إلى ما كانت عليه قبل التولية أو التخلي.

الفصل الثاني: انقضاء عقد الكراء

إن عقد الكراء باعتباره عقدا مؤقتا ينصب على منفعة الشيء المكترى، يبقى مرتبطا من حيث الزمن بالمدة المعينة التي تم الاتفاق حولها، وينقضي حتما عند حلول الأجل المتفق عليه بين المتعاقدين من غير ضرورة لإعطاء تنبيه بالإخلاء ما لم يتفق على خلاف ذلك كما هو واضح من خلال الفصل 687 ق ل ع.

وانقضاء العقد بانقضاء مدته لا يثير إشكالات كبرى في الواقع العملي، لأنه بانتهاء مدة العقد تنقطع العلاقات بين طرفي العقد فيتوقف حق الاستغلال وموجب دفع الوجيبة الكرائية، ويلتزم المكتري بإرجاع العين المكتراة للمكري على الحالة التي تسلمها عليها. غير أنه خارج هذه الحالة الطبيعية لانقضاء عقد الكراء، فإن هذا العقد قد ينتهي لأسباب أخرى غير انقضاء المدة منها ما هو مرتبط برغبة المكري في إنهاء عقد الكراء – **المبحث الأول** – ومنها ما يرجع لأسباب أخرى مرتبطة بالإخلال ببنود العقد وتؤدي إلى فسخ عقد الكراء – **المبحث الثاني** – وأخيرا هناك حالة أخرى لانقضاء عقد الكراء وهي استرجاع العين المكتراة – **المبحث الثالث** -

المبحث الأول: إنهاء عقد الكراء بناء على رغبة المكري

قد يحتاج المكري خلال مدة سريان عقد الكراء إلى استرجاع محله لسبب أو لآخر، وهذا السبب يكون في الغالب غير مرتبط بخطأ المكتري، إنما ينبع فقط من رغبة المكري في استرجاع العين المكتراة لاحتياجه الشخصي أو لاحتياج أحد أصوله أو فروعه، أو لهدم البناء وإعادة بنائه. غير أن المشرع قد جعل التماطل في أداء الكراء هو الآخر سببا في طلب إنهاء العقد، ونفس السبب عالجه المشرع أيضا بمناسبة الحديث عن فسخ العقد.

وبما أن التماطل ما هو إلا تجسيد لخطأ من جانب المكتري، فسنرجئ الحديث عنه إلى المطلب الثاني المتعلق بفسخ عقد الكراء، وسنقتصر في هذا المطلب على دراسة حالات إنهاء عقد الكراء بناء على رغبة المكري. وهذا الإنهاء محكوم بسلوك مسطرة معينة حدد المشرع جميع تفاصيلها – **المطلب الأول** – كما جعل ممارستها تقع تحت رقابة القضاء من خلال منحه صلاحية تصحيح الإشعار – **المطلب الثاني** -

المطلب الأول : مسطرة توجيه الاشعار

إن المكتري الذي يلجأ للكراء من أجل إشباع حاجته لمسكن يأويه هو وأفراد أسرته، أو لمحل مهني يمارس فيه مهنته، يحتاج إلى أمن تعاقدي، حيث لا يمكن للمكري أن يفرغه متى شاء حسب مزاجيته. لذلك نجد المادة 44 من القانون رقم 67.12 تقرر أنه لا تنتهي عقود كراء المحلات المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، إلا بعد الإشعار بالإفراغ وتصحيحه عند الاقتضاء طبقا للشروط المحددة في هذا الباب، وذلك رغم كل شرط أو مقتضى قانوني مخالف.

وتأسيسا على هذا المبدأ فإنه يجب على المكري الذي يرغب في إنهاء عقد الكراء أن يوجه إشعارا بالإفراغ إلى المكتري، وأن يسهر على تبليغه هذا الإشعار بحسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية. ولا يبتدئ الأجل المضمن في الإشعار في السريان إلا من تاريخ التوصل بالإشعار.

وحسب المادة 45 من نفس القانون فإن الإشعار يجب أن يستند على أسباب جدية ومشروعة من قبيل: استرداد المحل المكترى لسكنه الشخصي، أو لسكن زوجه، أو أصوله أو فروعه المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيدين - إن وجدوا - من الوصية الواجبة المؤسسة بمقتضى المادة 369 وما يليها من مدونة الأسرة، أو المكفول المنصوص عليه في القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.02.172 في فاتح ربيع الآخر 1423 (13 يونيو 2002)؛ وضرورة هدم المحل المكتري وإعادة البناء أو إدخال إصلاحات ضرورية عليه تستوجب الإفراغ؛ التماطل في الأداء.

ويتضح من خلال هذه المادة أن أبرز الأسباب التي يمكن أن يستند عليها المكري لطلب إنهاء عقد الكراء، إنما تتمثل في احتياجه الشخصي للمحل المكترى، أو احتياجه له من أجل إسكان أحد فروعه أو أصوله أو مكفوله أو غيرهم ممن ورد ذكره في المادة أعلاه. أو لضرورة هدم المحل المكترى، وهي إما ضرورة تفرضها حالة البناء لكونه أصبح آيلا للسقوط، أو رغبة ناتجة عن إرادة المكري في هدم المحل المكترى وإعادة بنائه بمواصفات عصرية حديثة. أو قد يتطلب الأمر فقط إصلاحات مهمة من أجل صيانة المحل يقتضي تنفيذها أن يتم إفراغه.

ويجدر التنبيه إلى أن هذه الأسباب الواردة أعلاه إنما هي وردت على سبيل المثال فقط، وليس على سبيل الحصر، ولذلك فكل سبب استند عليه المكري في الإشعار وكان يكتسي طابع الجدية والمشروعية، يمكن اعتباره سببا مبررا لطلب الإفراغ.

وقد أورد المشرع في المادة 46 من القانون رقم 67.12 بعض الضوابط التي يتعين احترامها من طرف المكري عند توجيه الإشعار بالإفراغ إلى المكتري، تحت طائلة بطلان الإشعار، وهي أن يتضمن الإشعار ما يلي :

الأسباب التي يستند عليها المكري؛

شموله مجموع المحل المكترى بكافة مرافقه؛

أجل شهرين على الأقل.

ذلك أنه فضلا عن ضرورة ذكر الأسباب التي يستند عليها المكري في الإشعار بالإفراغ، فإن هذا الإشعار يجب أن يتعلق بمجموع المحل المكترى، وأن يشمل كافة مرافقه دون تجزئة أو نقصان، كما يجب أيضا أن يكون الأجل المضمن في الإشعار بالإفراغ لا يقل عن شهرين، فإن قل عن ذلك، أو تعلق بطلب إفراغ جزئي كان الإشعار باطلا ولا يرتب أي أثر تجاه المكتري. ومما لا شك فيه أن القضاء يراقب مدى توفر هذه الشروط في الإشعار بالإفراغ بمناسبة نظره في طلب تصحيح الإشعار.

المطلب الثاني: مسطرة تصحيح الاشعار

تنص المادة 47 من القانون رقم 67.12 على أنه " إذا امتنع المكتري عن الإفراغ صراحة أو ضمنيا وذلك ببقائه في المحل بعد مضي الأجل المحدد في الإشعار، أمكن للمكري أن يطلب من المحكمة التصريح بتصحيح الإشعار والحكم على المكتري هو ومن يقوم مقامه بالإفراغ ". ويتضح من خلال هذه المادة أن اللجوء إلى المحكمة من أجل طلب تصحيح الإشعار هو حق للمكري، يمكنه أن يمارسه أو يتخلى عنه، وممارسته مشروطة بامتناع المكتري عن الإفراغ، سواء كان امتناعه صريحا بالعبارات الدالة عليه، أو ضمنيا بتماطله في الافراغ وبقائه في المحل المكترى بعد انصرام الأجل الذي حدده له المكري في الإشعار. أما إذا بادر المكتري بالإفراغ داخل الأجل المحدد فلا تكون هناك فائدة للمكري في طلب تصحيح الإشعار.

والمحكمة التي يقدم لها طلب تصحيح الإشعار تكون بدورها ملزمة باحترام مجموعة من المقتضيات، فهي لا يمكنها حسب المادة 48 أن تصحح الإشعار بالإفراغ إلا للأسباب الواردة في المادة 45 أعلاه . وهذه المادة تثير في نظرنا إشكالا جوهريا يتمحور حول كون المادة 45 تشير بشكل صريح إلى أن الأسباب الواردة فيها قد جاءت على سبيل المثال حسب ما يستفاد من عبارة " من قبيل "، وسمحت للمكري أن يستند على أسباب أخرى شريطة أن تتسم بالجدية والمشروعية.

وعملا بمقتضيات المادة 48 فإن المكري الذي استند على أسباب غير واردة في المادة 45 وتكتسي طابع الجدية والمشروعية، لا يمكنه أن يطلب من المحكمة تصحيح الإشعار بالافراغ، وإذا تقدم بطلبه فالمحكمة ملزمة بالتصريح برفض الطلب استنادا لكون السبب غير وارد بالمادة 45، وهذا خلل تشريعي يجب على المشرع تداركه إما بحصر المادة 45 أو بإطلاق المادة 48. كما أنه لا يقبل طلب تصحيح الإشعار بالإفراغ للسبب المشار إليه في البند الأول من المادة 45 أعلاه إلا بتوفر الشرطين التاليين:

1- أن يكون المحل المطلوب إفراغه ملكا للمكري منذ 18 شهرا على الأقل من تاريخ الإشعار بالإفراغ، على أن للوارث والموصى له والمكفول حق الاستفادة من احتساب المدة التي كان يملكه خلالها المالك السابق؛

2- أن يكون المكري أو زوجه أو أصوله أو فروعه المباشرون من الدرجة الأولى أو المستفيدون من الوصية الواجبة، حسب الحالات، أو المكفول طبقا لمقتضيات القانون رقم 15.01 المتعلق بكفالة الأطفال المهملين، لا يشغلون سكنا في ملكيتهم أو كافيا لحاجياتهم العادية.

لايشترط توفر هذين الشرطين إذا عرض المكري على المكتري سكنا مماثلا للمحل المطلوب إفراغه بنفس المواصفات ونفس الوجيبة الكرائية. (المادة 49)

وواضح من خلال هذين الشرطين أن المشرع قد قيد الحق الممنوح للمكري في طلب إفراغ المكتري استنادا للاحتياج للعين المكتراة، بقيود من شأنها أن تحصن هذا الحق ضد التعسف واستعمال التحايل، أو اختلاق الأسباب الوهمية، للإجهاز على حق المكتري في بقائه بالعين المكتراة وضمان أمنه التعاقدي. ونرى بأن عبء إثبات الشرطين معا يجب أن يقع على عاتق المكري الذي عليه أن يثبت توفر الشرط الأول من خلال الإدلاء بعقد الشراء الذي يثبت تاريخ التملك الذي يعتمد لاحتساب أجل الثمانية عشرة شهرا، وكذا الادلاء بما يثبت أن من يرغب في إسكانهم بالعين المكتراة لا يشغلون سكنا في ملكيتهم أو أن السكن الذي يشغلونه غير كاف لحاجياتهم العادية، ويمكنه أن يستعين في ذلك بشتى وسائل الإثبات كأن يدلي مثلا بشهادة عدم التملك، أو بعقد كراء السكن الذي يشغلونه وقت تقديم الطلب ... إلخ.

وحسب المادة 50 من القانون المذكور أعلاه، فإنه يتعين تصحيح الإشعار بالإفراغ إذا كان هدم المحل أو إدخال تغييرات هامة عليه ضروريا ويستوجب إفراغ المكتري من المحل المكترى. ويكون الهدم أو إدخال التغييرات ضروريا إذا اقتضته وضعية البناء لانعدام الشروط الصحية أو الأمنية به أو إذا رغب المكري في إقامة بناء جديد مكان البناء المهدم أو ظهرت مستجدات وثائق التعمير تسمح ببناءات إضافية من شأنها أن تثمن العقار. و يحظى المكتري بالأسبقية في الرجوع إلى المحل بعد إصلاحه أو إعادة بنائه بشرط أن يستعمل هذا الحق داخل الشهرين المواليين للإشعار الصادر عن المكري وفقا للفقرة الموالية أدناه وإلا سقط حقه. ويتعين على المكري إخبار المكتري خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ تسلمه رخصة السكن أو شهادة المطابقة حسب الحالة، وذلك بحسب الكيفيات المشار إليها في الفصول 37 و 38 و 39 من قانون المسطرة المدنية.

كما يمكن للمكتري أن يطلب من المحكمة تحديد أجل للمكري يتعين خلاله تنفيذ سبب الإفراغ، وتؤخذ بعين الاعتبار فيما يخص تحديد الوجيبة الكرائية الجديدة والتكاليف التابعة لها، الصوائر التي تم صرفها على المحل ورأس المال المستثمر. ويترتب على تصحيح الإشعار بالإفراغ إلزام المكري بأن يؤدي للمكتري إضافة إلى صوائر الانتقال المثبتة تعويضا قيمته وجيبة كراء سنة حسب آخر مبلغ الوجيبة المؤدى من طرف المكتري (المادة 51).

وتحصينا لهذه المقتضيات من كل سوء استعمال فإنه إذا تبين أن الإفراغ من المحل إما تلقائيا تبعا للإشعار بالإفراغ أو تنفيذا للحكم القاضي بالتصحيح، قد تم بناء على سبب غير صحيح أو سبب لم ينفذ من طرف المكري، يكون للمكتري الحق في أن يطالب المكري بتعويض يساوي قيمة الضرر الذي لحقه نتيجة ذلك لا يقل عن الوجيبة الكرائية لمدة سنة حسب ما تقضي به المادة 52. من ذلك مثلا أن يدعي المكري بأنه في حاجة للمحل المكترى من أجل إسكان ابنه الذي تزوج حديثا ولا يملك سكنا، ثم يتضح فيما بعد أن هذا الابن له مسكنه الخاص، أو كمن يدعي بأن البناء آيل للسقوط، ثم يتضح بعد الافراغ أن ذلك مجرد خدعة لإفراغ المكتري من محله.

المبحث الثاني : فسخ عقد الكراء

إذا نشأ عقد الكراء صحيحا وفقا للأركان والشروط التي يتطلبها القانون فإنه يرتب مجموعة من الآثار بالنسبة للطرفين معا، الذين يصبحان خاضعان لقوة العقد، منضبطان لما يمليه عليهما من حقوق وواجبات، ويستمران في ذلك طالما بقي العقد قائما. غير أنه قد يحدث أن يخل أحد الطرفين بالتزاماته أو يمتنع عن تنفيذها وهو ما يخول للطرف الآخر التحلل من التزاماته المتقابلة، وذلك عن طريق طلب فسخ العقد.

والفسخ هو انحلال العلاقة العقدية بطلب من أحد المتعاقدين لإخلال الطرف الآخر بالتزاماته، فهو آلية تمكن الدائن بالالتزام العقدي غير المنفذ، أن ينهي العلاقة التعاقدية ويتخلص من العقد عند امتناع المدين عن تنفيذ ما تعهد به. وفسخ عقد الكراء نظمه ق.ل.ع في الفصل 687 وما بعده بمناسبة حديثه عن انقضاء الكراء، غير أن القانون رقم 67.12 أعاد هو الآخر تنظيمه اعتبارا لما له من أهمية ولما يرتبه من آثار، وبرجوعنا لهذا القانون نجد بأن المشرع قد تحدث عن فسخ عقد الكراء بوفاة المكتري – **المطلب الأول** – كما تحدث أيضا عن الفسخ لأسباب أخرى لها علاقة بخطأ المكتري – **المطلب الثاني** –

المطلب الأول : فسخ عقد الكراء بوفاة المكتري

تنص المادة 55 من القانون رقم 67.12 على أنه " يفسخ عقد الكراء، بقوة القانون بوفاة المكتري مع مراعاة أحكام المادة 53 أعلاه. فكل شخص يوجد بالمحلات المكتراة من غير الأشخاص المشار إليهم في المادة 53 يعتبر محتلا بدون حق ولا سند وللمكري في هذه الحالة أن يطلب من قاضي المستعجلات إصدار أمر بطرده هو أو من يقوم مقامه ". فهذه المادة تضع قاعدة أساسية مفادها أن عقود كراء المحلات السكنية والمحلات المعدة للاستعمال المهني تنتهي حتما بوفاة المكتري. وتعتبر بأن كل شخص يوجد بهذه المحلات بعد وفاة المكتري يعتبر محتلا بدون سند للمحل المكترى يجوز للمكري أن يلجأ لقاضي المستعجلات لطلب طرده هو أو من يقوم مقامه، وذلك مهما كانت صفته أو علاقته بالمكتري المتوفي، باستثناء ما ورد في المادة 53.

وبالرجوع إلى المادة 53 نجدها تقرر استثناء من القاعدة المذكورة أعلاه بأن مفعول العقد يستمر في حالة وفاة المكتري:

- بالنسبة للمحلات المعدة للسكنى لفائدة زوج المتوفى أو فروعه أو أصوله المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيد من الوصية الواجبة أو المكفول، الذين كانوا تحت كفالته بصفة قانونية ويعيشون معه فعليا عند وفاته ؛

- بالنسبة للمحلات المعدة للاستعمال المهني، لفائدة الأشخاص المشار إليهم في الفقرة الأولى، و يتمتع هؤلاء الأشخاص بحق تولية الكراء أو التخلي عنه وفقا للشروط المنصوص عليها في الباب السادس أعلاه.

وهكذا فإنه إذا تعلق الأمر بصفة عامة بالأشخاص المذكورين أعلاه، والذين يتوفر فيهم إضافة إلى صفتهم، شرط الإقامة الفعلية والعيش مع المكتري الهالك تحت سقف واحد عند وفاته، فإن عقد الكراء يستمر معهم ويحلون محل المكتري الهالك في الحقوق والواجبات. ولعل المشرع بإيراده لهذا الاستثناء قد كانت له دوافع قوية ذات طابع اجتماعي، نابعة من أواصر التضامن والتكافل المستمدة من تعاليم ديننا الحنيف، فلم يسمح بتشريد العائلة التي كانت مجتمعة تحت سقف واحد بمجرد وفاة معيلها، وهو توجه جد إيجابي يستحق كل التنويه والتشجيع.

ولنفس العلة أيضا مدد المشرع هذا الاستثناء ليطبق على المحلات المعدة للاستعمال المهني، ذلك أنه إذا كان الهدف من هذا الاستثناء هو الحفاظ على جمع شمل أسرة الهالك المكتري بعد وفاته بتمكينها من الاستمرار بالعيش بنفس المحل الذي كانت تقطن به قبل الوفاة، فإن نفس العلة ونفس الأسباب تفرض عدم حرمان هذه الأسرة من مورد عيشها، وتقرير حقها في الاستمرار بالمحل الذي كان الهالك يمارس فيه نشاطه المهني. بل إن المشرع متع الأشخاص الذين لهم الحق في الاستمرار في العلاقة الكرائية خلفا للهالك، بحق تولية الكراء أو التخلي عنه وفقا للشروط المحددة لذلك.

وانطلاقا من نفس الهاجس الاجتماعي، وقياسا على واقعة الوفاة، أقر المشرع أيضا بموجب المادة 54 من القانون رقم 67.12 مبدأ استمرار مفعول عقد الكراء لفائدة الأم الحاضنة لأطفالها في حالة طلاق الزوجين، وذلك بنفس الشروط التعاقدية التي كانت تربط مطلقها مع المكري. غير أن المشرع لم يجعل استمرار العلاقة الكرائية في هذه الحالة إلزاميا، وإنما جعله إمكانية فقط، حيث تحدث بعبارة " يمكن "، ولعل ذلك راجع إلى ارتباط هذه الإمكانية بالزوج المطلق، فإن أجازها أمكنت، وإن امتنع تعذر تنزيلها، لأنه قد يتشبث الزوج ببقائه في المحل المكترى ويفضل منح المطلقة الحاضنة واجب الكراء، فلا شيء يمنعه من ذلك، كما أن المطلقة نفسها قد لا ترغب في الاستمرار بالبقاء في البيت الذي كان يجمعها مع طليقها فلا يمكن إلزامها بذلك.

وخلاصة لما سبق فالمبدأ في عقد كراء المحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني أن ينتهي بوفاة المكتري، ويستمر استثناء بالنسبة لفائدة زوج المتوفى أو فروعه أو أصوله المباشرين من الدرجة الأولى أو المستفيد من الوصية الواجبة أو المكفول، الذين كانوا تحت كفالته بصفة قانونية ويعيشون معه فعليا عند وفاته، كما يمكن أن يستمر أيضا بالنسبة للأم الحاضنة لأطفالها في حالة الطلاق إن حصل التوافق حول ذلك بين المطلقين.

المطلب الثاني : فسخ عقد الكراء بناء على أسباب أخرى

تنص المادة 56 من القانون رقم 67.12 على أنه " يمكن للمكري أن يطلب من المحكمة فسخ عقد الكراء وإفراغ المكتري ومن يقوم مقامه، دون توجيه أي إشعار بالإفراغ وذلك في الحالات التالية :

- استعمال المحل والتجهيزات المكتراة في غير ما أعدت له؛
- إدخال تغييرات على المحل المكترى بدون موافقة أو إذن المكري؛
- إهمال المحل المكترى على نحو يسبب له ضررا كبيرا؛
- عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار الأداء؛
- استعمال المكتري المحل المكترى لأغراض غير تلك المتفق عليها في العقد أو المخالفة للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون ".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد أورد مجموعة من الأسباب اعتبر أن تحقق واحد منها يخول للمكري الحق في طلب فسخ عقد الكراء، وفق مسطرة مبسطة تختلف عن تلك المحددة فيما يخص إنهاء عقد الكراء، حيث إن المكري باستناده على إحدى الأسباب الواردة في المادة 56 يعفى من توجيه إشعار بالإفراغ للمكتري ويمكنه مباشرة اللجوء إلى المحكمة وطلب الحكم بالإفراغ على المكتري، وذلك بطبيعة الحال مشروط بتحقق أحد الأسباب المذكورة، والتي يقع على عاتق المكري عبء إثبات تحققها.

والعلة في تخفيف مسطرة طلب فسخ عقد الكراء في المادة 56 أعلاه، تكمن في كون جميع الأسباب الواردة في هذه المادة، والتي يمكن للمكري الاستناد إليها لطلب الإفراغ، تفترض قيام المكتري بارتكاب خطأ معين، أو إخلال بأحد الالتزامات الواقعة على عاتقه بموجب عقد الكراء، يتخذ إحدى الصور التالية :

- مخالفة مضمون العقد واستعمال المكترى في غير ما أعد له بطبيعته أو بموجب العقد، كأن يستعمل مثلا شقة معدة للسكن في نشاط مهني أو تجاري.
- إدخال تغييرات على المحل المكترى بدون موافقة أو إذن المكري، والتغييرات المقصودة هنا هي تلك التي تمس ببنية المحل المكترى أو تغير معالمه، من ذلك مثلا هدم حائط، إضافة بناء، تسقيف الفناء ... أما الإصلاحات الطفيفة كتغيير الطلاء والصباغة فلا يدخل ضمن هذا الباب.

- إهمال المحل المكترى على نحو يسبب له ضررا كبيرا، كمن يتعمد عدم إخبار المكري باختناق قنوات الصرف الصحي، من أجل التدخل لإصلاحها، فيؤدي تراكم المياه إلى تضرر أسس البناية وجدرانها.
- عدم أداء الوجيبة الكرائية التي حل أجلها رغم توصله بإنذار الأداء، حيث يعتبر المكتري في هذه الحالة متماطلا في الأداء، ويحق للمكري بناء على ذلك أن يطلب فسخ عقد الكراء.
- استعمال المكتري المحل المكترى لأغراض غير تلك المتفق عليها في العقد أو المخالفة للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون ، فإذا حدد العقد طبيعة الاستعمال يمنع على المكتري أن يغير ذلك دون موافقة المكري، كما أنه إذا كان هذا الاستعمال مخالفا للأخلاق الحميدة والنظام فإنه يجوز للمكري أن يطلب فسخ عقد الكراء، من ذلك مثلا من يستعمل محلا معدا للسكن وكرا للدعارة، أو محلا لاستهلاك مخدر الشيشة، أو كأن يستعمل محلا مهنيا في تصنيع ماء الحياة.

فهذه كلها استعمالات مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة وتخول للمكري الحق في طلب فسخ عقد الكراء. وحسب المادة 56 أعلاه فإنه يكون الحكم بالإفراغ في إطار هذه المادة مشمولا بالنفاذ المعجل في حالة عدم تنفيذ المكتري الأمر القاضي بالمصادقة على الإنذار المنصوص عليه في المادة 27 من نفس القانون.

المبحث الثالث : استرجاع المحل المكترى

رغم أن المشرع قد وضع رهن إشارة المكري عدة آليات لطلب إنهاء عقد الكراء، أو لفسخه، بناء على أسباب متعددة، منها ما هو مرتبط برغبة المكري، ومنها ما هو مرتبط بخطأ المكتري، فإن ذلك قد لا ينفع في بعض الحالات الخاصة، عندما يتعذر سلوك المساطر المذكورة أعلاه بسبب غياب المكتري وهجره للعين المكتراة، وترك المكري لا هو منتفع بالعقار المكري، ولا هو مستفيد من الوجيبة الكرائية. مما يفرض ضرورة وجود آليات قانونية أخرى تتيح للمكري الخروج من هذه الوضعية الشادة. ذلك ما فكر فيه المشرع فجاء بمقتضيات هامة تخول للمكري الحق في استرجاع المحل المكترى وفقا لضوابط معينة – **المطلب الأول** – وتحفظ للمكتري بدوره إمكانية المطالبة باسترجاع الشيء المكترى إذا توافرت بعض الشروط الضرورية – **المطلب الثاني** -

المطلب الأول: استرجاع المحل المكترى من طرف المكري

يثبت الحق في استرجاع المحل المكترى للمكري في حالة وحيدة، وهي التي يقوم فيها المكتري بإغلاق المحل المكترى وهجره لمدة تزيد عن ستة أشهر، وهو مؤطر بموجب المادة 75 من القانون رقم 67.12 التي تنص على أنه " يعتبر المحل مهجورا إذا ظل مغلقا لمدة ستة أشهر على الأقل بعد :

- إخلاء المكتري المحل المكترى من جميع منقولاته وأغراضه كليا أو جزئيا؛

- غياب المكتري عن المحل وعدم تفقده من طرفه شخصيا، أو من طرف من يمثله أو من يقوم مقامه؛

- وفاة المكتري أو فقدانه للأهلية القانونية وعدم ظهور أي من الأشخاص المستفيدين المنصوص عليهم في المادة 54 أعلاه ".وتضيف المادة 58 بأنه لا يعتبر المحل مهجورا إذا استمر المكتري في الوفاء بالتزاماته إزاء المكري.

ويتضح من خلال هذين الفصلين أنه لاعتبار المحل مهجور يجب أن يتحقق شرطا جوهريا وأساسيا يتجلى في واقعة مادية وهي إغلاق المحل المكترى لمدة لا تقل عن ستة أشهر ، وأن تنقطع خلالها العلاقة بين المكتري والمحل المكترى، وذلك إما بعد إخلاء المكتري للمحل المكترى جزئيا أو كليا مع احتفاظه بمفاتيح المحل وعدم إرجاعها للمكري، أو بغيابه المتصل عن المحل المكترى لمدة تفوق ستة أشهر بحيث لم يتفقد المحل المكترى لا بصفته الشخصية ولا بتكليف شخص آخر ليقوم بذلك نيابة عنه، أو بوفاته أو فقدانه لأهليته القانونية وعدم ظهور أي من الأشخاص الذين لهم الحق في الحلول محله في العلاقة الكرائية. وهو ما يعني بعبارة أخرى انقطاع كل علاقة مادية بين المكتري والمحل المكترى لمدة لا تقل عن ستة أشهر.

غير أنه لا يكفي تحقق غياب هذه العلاقة المادية بين المكتري والمحل المكترى، وإغلاقه وهجره بصفة نهائية لمدة لا تقل عن ستة أشهر، بل لا بد من تحقق شرط آخر، جوهري وأساسي، ألا وهو **عدم استمرار المكتري في الوفاء بالتزاماته إزاء المكري**. أما إذا استمر في الوفاء بالتزاماته فإن إغلاق المحل لا يضر المكري في شيء وتنتفي العلة من إقرار هذا الحق لفائدته.

وبتحقق هذين الشرطين معا يحق للمكري حسب المادة 59 أن يقدم طلب استرجاع المحل المهجور إلى رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات، مشفوعا بالوثائق التالية:

- العقد أو السند الكتابي المثبت للعلاقة الكرائية؛

- محضر معاينة واقعة إغلاق وهجر المحل المكترى وتحديد أمد الإغلاق.

يقوم رئيس المحكمة باستدعاء المكتري من خلال عنوانه الوارد في عقد الكراء أو في أية وثيقة رسمية صادرة عن المكتري. وفي حالة تعذر الاستدعاء، يستدعى المكتري في عنوان المحل المكترى، (المادة 60) فإذا توصل المكتري بالاستدعاء بصفة شخصية ولم يدل بأي جواب، يثبت رئيس المحكمة ذلك في طلب استرجاع المحل وفقا لما يقتضيه القانون. (المادة 61). أما إذا تعذر استدعاء المكتري شخصيا فإن رئيس المحكمة لا يبث في الطلب إلا بعد الأمر بإجراء بحث بواسطة الشرطة القضائية تحت إشراف النيابة العامة. (المادة 62) وذلك للتأكد من واقعة هجر المحل وبغياب المكتري وعدم تواجده في مكان معلوم يمكن استدعاؤه به للحضور أمام القاضي والدفاع عن حقوقه.

وحسب المادة 63 فإنه إذا قضى رئيس المحكمة باسترجاع حيازة المحل ينفذ الأمر الصادر عنه على الأصل. وبما أن المحل المكترى قد يكون به بعض الأثاث أو الأشياء المنقولة المملوكة للمكتري، فإن المادة 64 قد أوجبت التنصيص في الأمر باسترجاع الحيازة على تطبيق مقتضيات الفصل 447 من قانون المسطرة المدنية على الأشياء المنقولة الموجودة بالمحل وقت استرجاع حيازته. يقوم المكلف بالتنفيذ بتحرير محضر وصفي للمنقولات الموجودة بالمحل، وتبقى المنقولات المذكورة في عهدة المكتري إلى حين إتمام إجراءات الفصل 447 من قانون المسطرة المدنية بشأنها.(**المادة 65**)

ونظرا للطابع الاستثنائي لهذا الإجراء، ولكونه يجرى في غياب المكتري، حماية للمكري من هذا الوضع الشاد الذي يجعله محروما من العين المكتراة ومن الوجيبة الكرائية، فإن المشرع رغبة منه في تحقيق التوازن بين طرفي العقد، قد نص في المادة 66 على أنه " إذا ظهر المكتري أو من يمثله أو يقوم مقامه أثناء تنفيذ الأمر بالاسترجاع، يقوم المكلف بالتنفيذ بتحرير محضر إخباري يرفعه حالا إلى رئيس المحكمة أو إلى القاضي المكلف بالتنفيذ الذي له أن يأمر بوقف التنفيذ في غيبة الأطراف ". وإذا لم يظهر المكتري خلال مرحلة التنفيذ وظهر بعد استرجاع المكري لمحله المكترى، فإن القانون قد خوله هو بدوره الحق في طلب استرجاع هذا المحل.

المطلب الثاني: الاسترجاع من طرف المكتري

تنص المادة 67 من القانون رقم 67.12 على أنه " إذا ظهر المكتري أو ذوي حقوقه المنصوص عليهم في المادة 54 أعلاه بعد تنفيذ الأمر باسترجاع الحيازة، جاز لمن يعنيه الأمر أن يتقدم بطلب أمام رئيس المحكمة بصفته قاضيا للمستعجلات بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه. ولا يقبل الطلب إلا إذا أثبت صاحبه أنه أدى ما كان بذمته من مبالغ كرائية. كما لا يقبل طلب استرجاع الحيازة بعد مرور ستة أشهر على التنفيذ المشار إليه في المادة 65 أعلاه ".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المكتري أو من يقوم مقامه، إذا رغب في استعمال حق الاسترجاع المخول له، فإنه يجب أن لا يكون مدينا للمكري بأي مبلغ كرائي، ثم أن يستعمل هذا الحق خلال ستة أشهر يبتدئ احتسابها من تاريخ التنفيذ. وإذا اختل أحد هذين الشرطين لا يقبل طلب الاسترجاع. وإذا توفر الشرطين معا فإن الطلب يكون مقبولا، وينفذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، على الأصل.

وإذا استحال تنفيذ الأمر بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، جاز للمكتري أومن يمثله أو يقوم مقامه المطالبة بالتعويض عن الضرر أمام المحكمة المختصة طبقا لما تنص عليه المادة 69 من نفس القانون. وحسب المادة 70 فإنه لا يواجه المكتري بالحقوق المكتسبة على المحل المسترجع لفائدة الغير سيء النية. ويحق للمكتري أو من يمثله أو من يقوم مقامه اللجوء إلى المحكمة المختصة للمطالبة بإبطال تلك الحقوق والتعويض عن الضرر المترتب عنها.